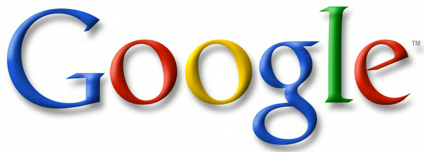


fe.

FB
AB
VW



G. C. BUZZATI
Professore nella Regia Università di Macerata
Socio dell'Istituto di Diritto internazionale

L'AUTORITÀ
DELLE
LEGGI STRANIERE
RELATIVE ALLA FORMA DEGLI ATTI CIVILI
(LOCUS REGIT ACTUM)



TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
33 — Via Carlo Alberto — 33
1894

PREFAZIONE

L'argomento di questa monografia può sembrare a taluno, se non privo del tutto d'interesse, almeno non tale da meritare un così lungo studio; chè il principio dover la forma degli atti essere retta dalla legge del luogo nel quale son fatti, formulata con la massima *locus regit actum*, è stato ed è sempre accettato dalla giurisprudenza e nella dottrina. Se non chè la uniformità d'opinioni intorno a tal punto del diritto internazionale privato è più apparente che reale; perdura tuttavia la confusione derivata dal non aver esattamente fissata la portata della regola: ancora oggi non si è concordi nel determinare il concetto di *atto* o quello di *forma*, e sono spesso considerati elementi estrinseci di validità di un negozio giuridico alcuni, che invece sono elementi sostanziali, o viceversa: grandi differenze si trovano nelle disposizioni legislative dei vari Stati: differenze nei giudicati, anche di uno stesso paese, e in identici casi; alcuni scrittori vogliono che la regola *locus regit actum* sia obbligatoria sempre, altri facoltativa: alcuni che non possa essere applicata agli atti solenni, altri no, ecc. Insomma dopo aver concordemente accolta la massima, la concordia manca tosto che si voglia determinarne i limiti ed applicarla: causa principale di questa confusione, a mio credere, è il non aver ricercato e stabilito esattamente il fondamento giuridico della regola *locus regit actum*, o il non averlo almeno sempre tenuto presente nella soluzione delle varie questioni.

Credo perciò non inutile studiare diligentemente in questo mio scritto tutte le controversie che si agitano.

Nella parte generale dopo aver esaminato lo svolgimento storico della regola, cerco di determinarne il fondamento giuridico, di chiarire il concetto di forma, di esaminarne le applicazioni, di ricercare le varie disposizioni generali legislative in proposito: nella parte speciale seguo la regola nelle sue differenti applicazioni agli atti dello stato civile, al matrimonio, ai diritti di famiglia, ai contratti, alle successioni, studiando i conflitti di fronte al diritto positivo.

Da un'altra ragione fui pure tratto a scegliere questo argomento alle mie ricerche; dalla deficienza cioè di monografie intorno alla forma degli atti nel diritto internazionale privato. È bensì vero che in ogni trattato generale, e in alcuni egregiamente, la questione è trattata: ma per l'economia stessa di questi lavori è impossibile trovarne in essi uno svolgimento così vasto, come ritengo richiegga.

Le monografie speciali poi, come dissi, non sono molte e ciò che più importa non soddisfano, a mio credere, le esigenze scientifiche. Prive affatto di valore sono le due vecchie dissertazioni dello HAUSS, *De principiis etc., et in primis de usu regulae locus regit actum*, Gottingae 1824, e dello HEINK, *De regula juris locus regit actum*, Lipsiae 1842. Seria importanza hanno invece i lavori dello ZACHARIAE, *Ueber die Rechtsregel locus regit actum* nella *Themis* del 1829, volume II, e dello HARTOGH, *Disputatio juridica inauguralis de regula juris locus regit actum*, Hagae Comitis 1838, ma ivi la questione è trattata quasi esclusivamente dal punto di vista storico. Fra i lavori più recenti (e non parlo di quelli del Lacanal e del Soldan nella *Revue générale du droit* del 1883 e 1885 che non sono monografie, ma recensioni del libro del Duguit) troviamo le dissertazioni per laurea dell'HELLERMANN, *Locus regit actum*, Leiden 1879, del DUHAUT, *De la règle locus regit actum, en droit français*, Nancy 1882 e del FEBVRE, *De la forme des actes en droit civil international*, Paris 1881, affatto incom-

plete e prive di originalità e gli studi più importanti del Di Stefano Napolitani, *La massima locus regit actum*, Palermo 1883, del Duguit, *Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils*, e del Mankiewicz, *Ueber die Bedeutung des Satzes locus regit actum für das gemeine Recht*, Breslau 1891, ma nei due scritti del Di Stefano e del Mankiewicz la questione è trattata molto brevemente e solo dal punto di vista generale, e nel volume del Duguit, sebbene sotto molti aspetti pregevolissimo, non si ha riguardo altro che quasi esclusivamente al diritto francese; inoltre poi non credo di dover seguire, nè il fondamento giuridico ch'egli dà alla regola, nè molte delle sue conclusioni; lo studio del Duguit comprende poi anche la questione della prova degli atti in diritto internazionale, che io credo di omettere, perchè altra cosa è la sussistenza di un atto, altra il valore che a quest'atto provato sussistente è riconosciuto in una controversia che si agiti e sia da decidere.

La questione della prova degli atti e quelle relative agli atti commerciali e agli atti consolari e diplomatici saranno probabilmente argomento di un prossimo volume complementare a questo.

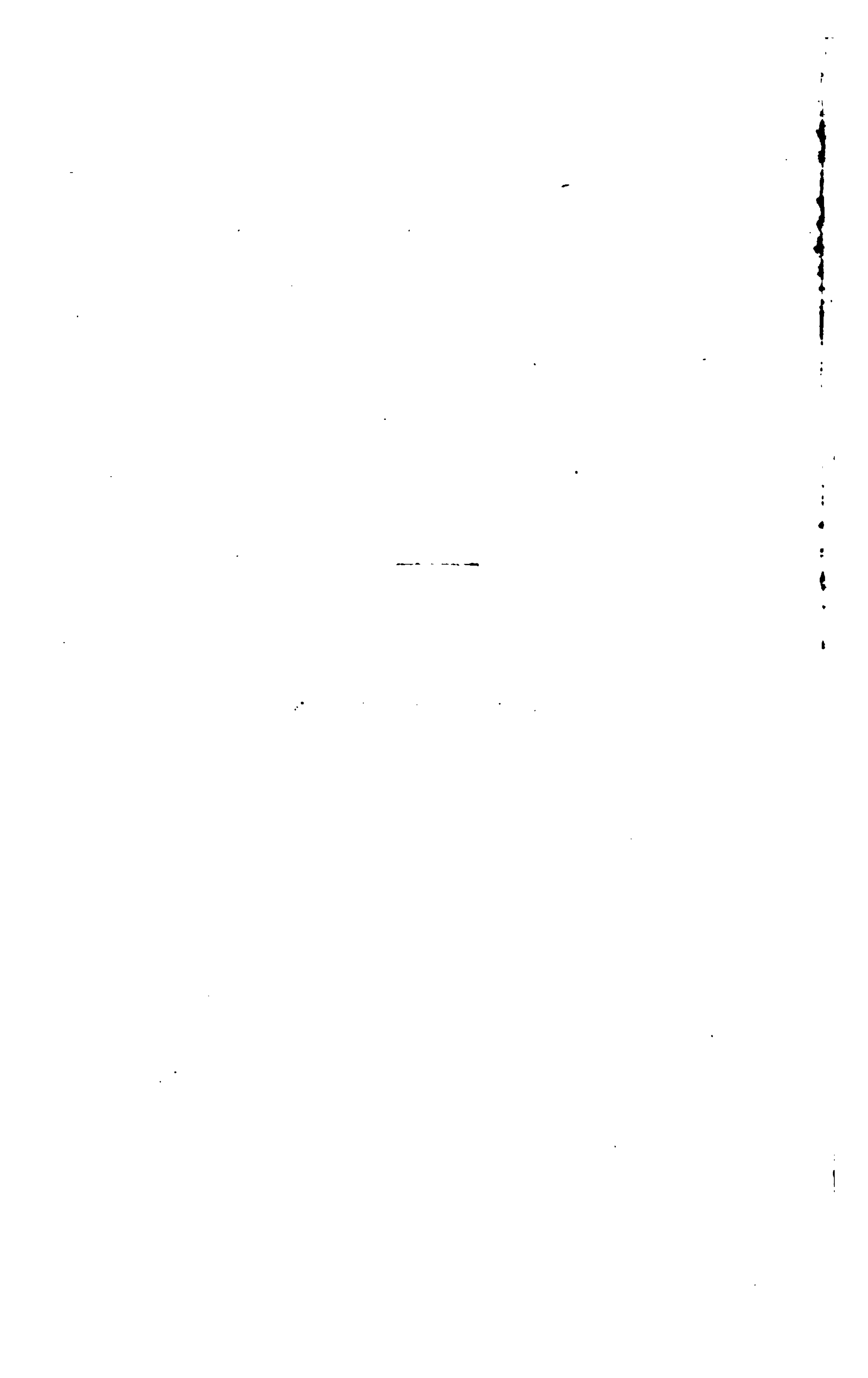
Un'ultima cosa mi resta a dire relativamente al titolo di questo mio scritto; ho scelto il titolo che porta a preferenza d'altri, a preferenza specialmente di quello del Duguit, perchè mi sembra meglio corrispondente al cómpito del diritto internazionale privato, che è appunto quello di determinare se e in quali casi le leggi debbano avere autorità ed efficacia estraterritoriale.

G. C. Buzzati.

PARTE GENERALE

LA REGOLA *LOCUS REGIT ACTUM*

E IL SUO FONDAMENTO GIURIDICO.



AUTORITÀ DELLE LEGGI STRANIERE

CAPITOLO I.

Origine e svolgimento storico della regola *LOCUS REGIT ACTUM.*

1. Metodo della nostra ricerca. — 2. La personalità dei diritti barbarici. — 3. La forma degli atti nei diritti barbarici. — 4. Il feudalismo e il diritto canonico. — 5. I glossatori e i primi commentatori. — 6. Bartolo da Sassoferrato. — 7. Continuazione. — 8. I successori di Bartolo in Italia. — 9. I successori di Bartolo in Francia - Dumoulin. — 10. La scuola culta - Cujacio. — 11. Il diritto romano e i commentatori. — 12. Le idee feudali nell'Europa centrale - D'Argentré. — 13. I giuristi francesi dal D'Argentré al sec. XVIII. — 14. La giurisprudenza francese. — 15. Gli statutari de' Paesi Bassi e l'Editto perpetuo. — 16. La scuola olandese - Paolo e Giovanni Voet - Ulrico Huber. — 17. I giureconsulti tedeschi. — 18. I giureconsulti francesi del sec. XVIII.

1. Uno dei principii del diritto internazionale privato intorno al quale si può credere non si agitino controversie, perchè generalmente accettato, è quello che per vecchia tradizione si formula con le parole *locus regit actum*, di cui il significato è: la forma degli atti è regolata dalla legge del luogo, dove gli atti si compiono o, per esprimerci in modo più rigorosamente scientifico: è riconosciuta l'autorità estraterritoriale delle leggi relative alle forme degli atti.

Se non che quando si tratti di ricercare l'origine di questo principio, di indagarne il fondamento giuridico, di determinarne le applicazioni, molte e svariate e gravi questioni si sollevano, le quali ci proponiamo di studiare e di cercar di risolvere.

Ed anzi tutto una domanda ci si presenta: quando, come, perchè fu stabilito questo principio? Fu esso sempre accettato generalmente come oggidì? Fu dai vari scrittori e nei vari tempi differentemente inteso ed applicato?

Molti fra i giureconsulti che svolsero la teoria degli statuti e specialmente quelli appartenenti alla dottrina italiana, spesso invocano

il diritto romano in appoggio alle loro opinioni, espongono le loro teorie interpretando passi del Digesto o del Codice, cercano e credono trovare nel *Corpus juris* il modo di risolvere i conflitti sorgenti fra leggi di differenti città: e ciò fanno anche quando trattano della autorità estraterritoriale di qualche disposizione legislativa che si riferisca alla forma degli atti civili, e così indirettamente ammettono che nel diritto romano si trovi l'origine di quella regola l. r. a. ch'essi nei vari casi, più o meno largamente credono doversi applicare. L'autorità degli statutari non è tale da farci senz'altro credere alla verità della loro affermazione, tanto più oggi in cui è oramai dimostrato un errore quello di voler trovare nel diritto romano la genesi del nostro diritto internazionale privato; sarà tuttavia opportuno ricercare come e perchè gli statutari abbiano creduto intravvedere nella l. 9, C. *de testam.* 6, 23, o nella l. 1, C. *de emancip.* 8, 49, e in altre ancora, il principio che la formà degli atti è regolata dalla legge del luogo nel quale questi atti si fecero. Ma invece di far subito tale ricerca, la faremo dopo aver esaminato ed esposto la dottrina degli statutari: conosceremo allora esattamente tutti i passi del *Corpus juris* da essi citati, potremo più facilmente di adesso arrivare a conoscere come e perchè essi credettero trovare nel diritto romano alcuni elementi alla soluzione dei conflitti fra leggi diverse, dimostrare come essi, quando stabiliscono il principio l. r. a., facciano inconsciamente opera originale, essendo tuttavia convinti di riprodurre od estendere per analogia la dottrina dei giureconsulti romani, vedere finalmente quale indiretta influenza nella determinazione di quel principio abbia il diritto romano esercitata.

Per ora ci limiteremo ad esaminare se l'origine di quella regola possa essere rintracciata nelle leggi barbariche o nel diritto canonico o nei glossatori e commentatori.

2. Se si volesse seguire l'opinione di molti autori, che credono intravvedere nel sistema della personalità delle leggi barbariche i germi del nostro diritto internazionale privato, noi dovremmo supporre che qualche accenno alla regola di diritto che è argomento del nostro studio, possa in esse rintracciarsi. — Se non che noi crediamo che l'importanza relativamente allà nostra scienza attribuita alle leggi barbariche derivi e da un inesatto concetto del loro carattere di personalità, e fors'anche dalla identità della espressione con cui si designa così tale loro carattere come un principio di diritto internazionale molto più tardi sviluppato, solo oggi esattamente determinato.

Il Laurent (1) ad esempio crede che i germi del nostro diritto si trovino nel sistema della personalità barbarica: « la legge, personale d'essenza sua, regge oggi tutte le relazioni private degli individui e li segue dovunque: non è forse questa la personalità scritta nelle leggi barbariche? » egli si domanda e ripetutamente lo afferma: « il principio della personalità del diritto, non è cosa diversa dal principio di individualità e personalità che forma il segno caratteristico dei popoli, i quali sono chiamati dai romani barbari; il diritto civile internazionale riposa sulla distinzione delle leggi personali e delle leggi reali: ora questi due aspetti del diritto regnano in modo quasi esclusivo nelle due epoche in cui si divide il medio evo; durante la prima domina il principio della personalità, mentre durante la seconda domina quello della realità », e in molti altri punti ancora il Laurent ciò afferma.

Ora qui sta precisamente l'inesattezza; non è vero che il principio odierno che lo straniero è retto dalla sua legge personale, sia il sistema della personalità barbarico o da questo sia derivato. Quando oggi si parla della legge personale dello straniero (sia che per essa s'intenda quella del suo domicilio, sia quella nazionale sua), non si parla già di una legge particolare ad una razza d'uomini che coesiste insieme ad altra legge particolare ad altra razza, in un territorio soggetto ad un'unica sovranità, sul quale quindi nessuna delle due leggi si estende assolutamente a tutti gli abitanti, come erano le leggi barbariche, ma in vece di una legge che ha il suo impero assoluto su tutto un determinato territorio e su tutti gli abitanti, la cui efficacia al di fuori di esso viene più o meno largamente riconosciuta ed applicata agli individui membri di quella società politica, che in quel territorio determinato esiste. La legge personale dello straniero non è altro insomma ai nostri giorni, che un diritto anzitutto territoriale che eccezionalmente estende in qualche parte la sua autorità al di fuori del territorio su cui impera: la personalità dei diritti, sotto le dominazioni germaniche, non è invece altro che un sistema il quale permise in quel tempo la coesistenza di differenti schiatte, viventi

---

(1) LAURENT, *Droit civ. int.*, vol. I, § 177, 193 e seg. È strano poi che il Laurent faccia questa confusione dopo che nello stesso volume, § 168, aveva esattamente distinte le leggi personali dei popoli barbari dall'odierno statuto personale. — Fra gli autori che dànno grande importanza alle leggi barbariche vedi BROCHER, *Nouveau traité de dr. int. privé*, § 12; LAWRENCE, *Comment. sur les élém. de dr. int. de Wheaton*, vol. III, pag. 3-12; DUGUIT, *Des conflits de législ. rélatifs à la forme des actes civils*, part. I, chap. II.

ciascuna con differenti leggi, nessuna delle quali aveva carattere territoriale (1), nè estendeva poi in nessun caso la propria efficacia fuori di quel territorio politico, nel quale limitatamente ad una parte degli abitanti aveva valore di legge.

La personalità odierna delle leggi ha carattere, origine, scopo, campo d'azione differenti da quelli della personalità delle leggi germaniche. Il diritto civile italiano, francese, austriaco è nell'essenza sua territoriale, e in tale sua qualità trova anzi la ragione e il fondamento della estensione che la sua autorità può avere fuori dei confini dell'Italia, della Francia, dell'Austria, quando si applichi, per es., a regolare lo stato e la capacità dei sudditi rispettivi di questi tre Stati, che si trovano all'estero; il diritto romano e il diritto longobardo, durante la dominazione longobarda, furono nell'essenza loro personali, l'uno della razza romana, l'altro della razza germanica, nè estesero mai la loro autorità al di là di quel confine politico a cui cessava l'autorità regia di Rotari o di Luitprando: il conflitto fra due leggi

(1) Si potrebbe del resto sostenere come anche le leggi barbariche avessero un certo carattere territoriale: nel senso cioè che i vari diritti (romano, longobardo, franco, ecc.) erano bensì personali delle varie razze, ma ottenevano autorità di legge da una medesima sovranità, fosse pur anche tacitamente come il diritto romano sotto i longobardi: ora il valore di legge vigente che tali diritti avevano si estendeva per tutto il territorio a quella sovranità sottoposto ma non al di fuori. Sarebbe lo stesso come se oggi per una strana ipotesi nella Svizzera uno stesso potere legislativo emanasse tre Codici civili differenti l'uno dall'altro alle varie popolazioni, francese, tedesca, italiana: in tal caso quelle leggi avrebbero il carattere di personali come le leggi barbariche, perchè ognuna di esse non sarebbe applicata che all'una od all'altra delle tre popolazioni, ma ogni Codice avrebbe pure un certo carattere di territorialità in quanto che avrebbe vigore in tutta la Svizzera e non fuori dei suoi confini. — Non insistiamo del resto su di ciò per non ingenerare confusione, perchè quel certo carattere di territorialità non sarebbe certo completamente identico a quello che hanno i Codici italiano, francese, ecc., e che generalmente s'intende con le parole « carattere territoriale d'una data legge », perchè infine ciò non ha grave importanza per la nostra ricerca. – È bene avvertire poi che quando noi parliamo di una legge territoriale intendiamo, come tutti gli scrittori di diritto internazionale, una legge che si applica a tutti gli individui che si trovano in un territorio politico, siano o non siano essi sudditi del sovrano da cui quella legge emana, mentre invece per gli storici del diritto è territoriale quella legge che si applica a tutti i sudditi di uno Stato, in opposizione alle leggi personali che non obbligano che una parte dei sudditi: per gli storici del diritto è territoriale l'editto di Teodorico, per noi no. Ved. del resto in proposito il paragrafo successivo a questo.

territoriali origina la nuova personalità del diritto, la coesistenza pacifica di due leggi differenti sotto la stessa sovranità politica sul medesimo territorio, originava l'antica: la prima è l'applicazione di un principio di diritto che tende ad avvicinarsi all'ideale del Savigny della comunità giuridica delle nazioni, la seconda è la quasi necessaria conseguenza delle particolari condizioni in cui si trovarono alcuni popoli in un dato momento storico: la prima finalmente regola il conflitto di leggi di paesi differenti sottoposti a poteri politici distinti ed indipendenti, la seconda permetteva la coesistenza, impediva il conflitto di leggi differenti in un paese sottoposto allo stesso potere politico; l'una si applica ad una questione di diritto internazionale, l'altra ad una questione di diritto interno (1).

3. Chiarito così questo punto, che altrimenti avrebbe potuto essere fonte d'errori a noi come lo fu ad altri, se si rivolga attentamente il pensiero al vero carattere di personalità delle leggi barbariche, si potrà facilmente convincersi che non si può in esse ritrovare l'origine della regola l. r. a. Soltanto l'elemento territoriale informa questa regola, quell'elemento territoriale appunto che generalmente non esiste nelle leggi germaniche. Durante le dominazioni barbariche le popolazioni italiche vivevano secondo il diritto romano, i visigoti, ostrogoti, longobardi, ecc., secondo i loro speciali diritti, così che per esprimersi col vescovo Agobardo: *in eodem loco quinque homines una eant aut sedeant, quorum unusquisque vivit secundum jus diversum;* in tali circostanze non potevano sorgere dei conflitti, nè circa alla sostanza, nè circa alla forma degli atti. I Romani facevano gli atti con la forma prescritta dal diritto romano, i barbari con quelle stabilite dai loro speciali diritti (2).

Ma tuttavia mai, durante cinque secoli, nessuna legge ebbe assoluto carattere territoriale? L'editto di Teodorico era certo applicato a tutti i suoi sudditi, fossero essi romani o barbari, e in esso poi si trovano disposizioni relative alla forma di alcuni atti quali il testamento, la donazione, la tradizione (3): dal fatto che sul territorio

---

(1) Ved. in proposito Lainé, *Introd. au dr. int. privé*, part. II, chap. II, II.

(2) Numerosissimi sono gli esempi conservatici nei documenti di atti fatti da romani secondo la legge romana, e da barbari secondo la legge barbarica nel medesimo tempo e nello stesso territorio. Alcuni dei più importanti son citati in Duguit, *op. cit.*, nota 1, pag. 18.

(3) Ved. capi XXVIII, XXIX, XXXII, LI e seg. dell'*Edictum Theodorici regis* in Padelletti, *Fontes juris italici medii aevi*, pag. 3 e seg.

soggetto a Teodorico non si trovavano che romani e barbari, e che a tutti quell'editto si applicava, si potrebbe forse argomentare avere l'editto assoluta autorità territoriale ed essere quindi le disposizioni sue, relative alla forma degli atti, un'applicazione della regola l. r. a. Se si osserva però, che territoriale è solo quella legge che si applica a tutti coloro che si trovano nel territorio in cui vige, sieno o non sieno essi sudditi di quel sovrano da cui quella legge emana, si potrà facilmente riconoscere come quel carattere all'editto di Teodorico non spetti. Di fatti questo parla sempre di romani e di barbari, mai del territorio su cui si estende, nè in esso si trova nessuna disposizione applicabile agli stranieri: non si può poi credere che la parola *barbari* fosse adoperata in opposizione alla parola *romani*, intendendo con quella anche gli individui appartenenti ad altra stirpe germanica non ostrogota, perchè nelle formule riportate da Cassiodoro, le quali si riferiscono agli editti di Teodorico e di Atalarico, ed a questi unicamente si informano, si adopera più specialmente la parola *gothi*, il che serve ad indicarci esattamente il senso che aveva nell'editto la espressione *barbari*. Nel silenzio poi della legge non è lecito argomentare che presso i goti vigesse per consuetudine una disposizione analoga a quella relativa ai *wargangi* che si riscontra più tardi nell'editto di Rotari, tanto più che questa deve essere considerata come un progresso del diritto barbarico circa alla condizione degli stranieri, i quali probabilmente, sotto gli ostrogoti, saranno stati privi di qualsiasi diritto civile.

Tale disposizione dell'editto di Rotari (1) ordinava agli stranieri (*waregang*) che fossero entrati nel territorio longobardo, e si fossero sottomessi all'autorità regia (*se sub scuto potestatis nostrae subdederint*), di vivere secondo la legge longobarda, a meno che al re non piacesse di conceder loro altra legge; in tal modo il diritto longobardo da Rotari in poi, ebbe un certo carattere di territorialità nel senso che, pure non estendendosi a tutti i sudditi, si applicava però a tutti gli stranieri che nel territorio entrassero. Questa dispo-

(1) Capo 367 dell'Editto di Rotari in Padelletti, *op. cit.*, pag. 36 e seg., *De waregang: Omnes waregang, qui de exteras fines in regni nostri finibus advenerint seque sub scuto potestatis nostrae subdederint, legibus nostris langobardorum vivere debeant; nisi si aliam legem ad pietatem nostram meruerint. Si filius legitimus habuerint, heredes eorum existant, sicut et filii langobardorum; si filius legitimus non habuerint, non sit illis potestas absque iussionem regis res suas cuicumque thingare, aut per quolibet titulo alienare.*

sizione fece credere che nel diritto longobardo, da Rotari in poi, e in tutte le altre leggi barbariche successive, le quali pure accettarono quel principio, si potesse trovare l'origine del l. r. a. Di fatti si pensò se questo straniero entrato nel territorio longobardo, doveva vivere a legge longobarda, nel caso che egli volesse fare una compra-vendita doveva farla secondo la forma longobarda: ecco dunque come anche allora la legge del luogo regolava la forma di un atto fatto da uno straniero. Il Duguit specialmente riferendosi ad una legge di Luitprando (1), sulla quale dovremo ritornare, che stabiliva sotto pena d'ammenda dover i notai scrivere gli atti non altrimenti che con la forma romana o con la forma longobarda, e combinandola con la riferita disposizione dell'editto di Rotari dice (2): « due Franchi, per es., trovandosi sul territorio longobardo non faranno un atto valido *quanto alla forma*, altro che conformandosi alla legge del luogo, diritto longobardo o diritto romano confermato dal diritto longobardo. Non v'è in ciò qualche cosa di analogo alla regola l. r. a. e i re lombardi non sono, per così dire, gli antenati di questa massima celebre? » Non è affatto vera nè l'una nè l'altra cosa: il senso della regola l. r. a. è che la forma dell'atto è stabilita dalla legge del luogo in cui l'atto si fa, mentre la sostanza d'esso è regolata dalla legge dello straniero, non già che tutte le condizioni di validità dell'atto intrinseche ed estrinseche, debbano regolarsi secondo la legge del luogo; se così fosse stato e così fosse la massima l. r. a., non avrebbe ragione di essere, non sarebbe anzi stata neppur posta mai: essa è insomma l'applicazione dell'elemento territoriale alla forma di un atto, in opposizione all'applicazione dell'elemento personale alla sostanza di esso. Questo è il concetto che della regola l. r. a. si ha e si ebbe fin

---

(1) Capo 91, VIII dei *Capitula quod addidit domnus Liutprant rex* in PADELLETTI, *op. cit.*, pag. 179 e seg.: *De scrivis hoc propeximus, ut qui cartolas scribent sive ad legem langobardorum, quoniam apertissima et pene omnibus nota est, sive ad romanorum, non aliter faciat, nisi quomodo in ipsis legibus contenetur; nam contra legem langobardorum aut romanorum non scribant. Quod si non sciunt, interrogent alteros, et si non potuerent ipsas legis pleniter scire, non scribant ipsas cartolas. Et qui aliter facere praesumpserit, componat wirgild suum, excepto si aliquid inter conlibertus convenerit. Et si quiscumque de lege sua subdiscendere voluerit et pactionis aut convenientias inter se fecerent, et ambe partis consenserent, isto non inpotetur contra legem, quia ambe partis volontariae faciunt: et illi qui tales cartolas scribent, culpavelis non inveniantur esse. Nam quod ad hereditandum pertinet, per legem scribant.*

(2) DUGUIT, *op. cit.*, part. I, chap. II.

da quando essa fu le prime volte formulata dagli statutari, ma che fu, pare, dimenticato dal Duguit, quando ne riscontrava l'origine nelle leggi barbariche; non è vero che, com'egli dice, i due Franchi dovessero, per fare un atto valido, uniformarsi alla legge longobarda *quanto alla forma:* non solo quanto alla forma ma anche quanto alla sostanza dovevano a quella uniformarsi; tutto era soggetto alla legge longobarda: non si può certo riscontrare l'origine del l. r. a. in questo principio che non era altro che la più rigida ed assoluta applicazione dell'elemento territoriale. — E tutto ciò sia detto prescindendo anche dall'interpretazione che di quel passo dell'editto di Rotari può esser data, e con validi argomenti sostenuta, importare cioè la sommissione dei wargangi *sub scuto potestatis regis*, un vero e proprio atto di sudditanza; ciò che toglierebbe qualunque importanza dal punto di vista del diritto internazionale a quel passo, circa alla questione che ci occupa.

Immutato essendo rimasto il carattere di personalità nelle leggi barbariche posteriori alle longobarde ed avendo esse accettato e fatto valere verso gli stranieri lo stesso principio dell'editto di Rotari, la conclusione negativa cui giungemmo nella nostra ricerca relativamente alle leggi ostrogote e longobarde, deve pure essere estesa a tutte le altre leggi barbariche, fino al feudalismo.

Ma se l'origine del l. r. a. non si trovò nei conflitti fra una legge territoriale e una legge personale, secondo il concetto moderno, perchè i diritti barbarici tali caratteri non ebbero e perchè agli stranieri si applicava completamente una delle leggi che vigevano nel territorio in cui entravano, pure si potrebbe trovare qualche accenno alla nostra regola in quei conflitti d'ordine interno che indubbiamente si elevavano fra le varie leggi personali delle differenti razze e fra quelle e le speciali disposizioni legislative, come gli editti di Teodorico e di Rotari e, più tardi i *Capitularia per se scribenda* franchi che obbligavano tutti i sudditi del sovrano da cui emanavano, qualunque fosse la loro razza. Circa al primo genere di conflitti la soluzione era generalmente data applicando la legge del debitore tanto alla sostanza quanto alla forma dell'atto; nè mancano leggi che prevedendo la nostra ipotesi di conflitto, autorizzavano, a scelta delle parti, l'applicazione della legge romana o della legge barbarica (1): relativa al secondo genere è quella legge di Luitprando cui sopra accennammo, la quale ordinava ai notai

(1) *Lex Burgundionum*, tit. LX, § 1, in WALTER, *Corpus juris germ.*, vol. I.

di non rogare atti altro che con forma romana o con forma longobarda, ma poi lasciava libere le parti di scegliere l'una forma o l'altra, per qualsiasi atto ad eccezione del testamento che doveva pei Romani esser fatto secondo la legge romana, pei longobardi secondo la longobarda (1). Neppur in questi conflitti d'ordine interno fra leggi personali si trova dunque nessun accenno al l. r. a.; lo si avrebbe potuto riscontrare se p. es. una legge avesse ordinato ai notai di rogare i testamenti in una forma determinata, uguale tanto pei romani che pei barbari; ma, poichè tale disposizione non esiste in nessuna legge barbarica, noi possiamo finalmente concludere che mai durante quei cinque secoli si arrivò a concepire una regola neppure analoga al l. r. a.

4. Se per arrivare a questo risultato abbiamo dovuto rapidamente passare in esame le leggi barbariche e studiarne il carattere, la stessa conclusione molto più facilmente si ottiene relativamente all'epoca immediatamente successiva a quella delle dominazioni de' barbari, chè il rigido isolamento manifestatosi col feudalismo e l'assoluto carattere territoriale delle leggi impedirono quei conflitti dai quali avrebbe potuto aver origine il nostro diritto. Non dobbiamo però dimenticare che durante l'età di mezzo il diritto canonico ebbe grande autorità e che in un passo delle Decretali di Gregorio IX si pretese trovare l'origine della regola l. r. a. (2). Un franco avea sposato una donna sassone uniformandosi alle leggi sassoni; siccome differenti leggi reggevano i franchi e i sassoni, il marito sostenendo di non averla sposata con la legge sua propria, cioè secondo la legge franca, abbandonò la moglie e si unì in un nuovo matrimonio. Il sinodo decise *ut ille transgressor evangelicae legis subjiciatur poenitentiae, et a secunda conjuge separetur, et ad priorem redire cogatur* (3). Non sappiamo comprendere come in questa decisione del sinodo si possa trovare l'origine della nostra regola: il senso di questa sentenza è che in nessun caso possono le leggi civili derogare alle leggi canoniche circa al matrimonio il quale è di assoluta competenza di queste, e, com'era prima del Concilio di Trento, si contraeva col solo consenso, indipendentemente da qualsiasi forma: del resto anche se in quella decisione si fosse trattato di conflitto di leggi, mancherebbero in tutti i casi gli elementi per

---

(1) Ved. sopra nota 1 a pag. 7.

(2) Così Zoezius, Voet ed altri citati in HARTOGH, *De reg. juris l. r. a.*, cap. v.

(3) C. 1, x, *De sponsalibus*.

argomentare essersi il sinodo informato al principio che la forma degli atti è regolata dalla *lex loci* poichè non è detto il luogo nel quale il matrimonio era stato celebrato: finalmente poi dalla massima stessa derivata da quella decisione al diritto canonico e riportata nel *Corpus juris canonici: Matrimonium solo consensu contrahitur, nec invalidatur, si consuetudo patriae non servetur*, chiaramente appare come il sinodo non intendeva affatto stabilire il principio l. r. a.

5. Al risorgere della libertà nei Comuni italiani la territorialità delle leggi, che mai fu da noi così rigida come in Francia, andò via via scomparendo. Al rinnovamento de' politici ordinamenti s'accompagna lo studio del diritto: libere, popolose, al soffio della vita nuova fiorenti di ricchezza e di commerci, le città italiane annodano fra loro molte e varie relazioni: ma le consuetudini, le quali, pur tutte sul fondo comune del diritto romano s'erano tuttavia differentemente svolte ed affermate in una e nell'altra città, rendevano alle volte lento e difficile lo svolgersi di quelle relazioni perchè s'incontravano pari in autorità e contraddittorie nella determinazione di qualche negozio giuridico cui fossero interessate persone di diversi Comuni: e i giureconsulti, educata la mente alla severa logica del diritto romano, da questo traevano quei principii d'equità che informavano le loro decisioni nella soluzione di quei primi esempi di conflitti di leggi, e, nella glossa *quod si Bononiensis* (1) e qua e là ancora nella interpretazione del testo giustinianeo ponevano i primi germi alla dottrina italiana degli statuti.

Nei glossatori però non si trova che qualche rara e breve e poco importante osservazione: per circa due secoli da Irnerio la teoria della estensione estraterritoriale della legge move esitante pochi incerti passi, finchè alla fine del XIII secolo, scritte negli statuti le consuetudini comunali, i primi commentatori cominciano a stabilire alcune regole relative al conflitto delle leggi: sono regole poco numerose, spesso contraddittorie, non sempre chiaramente espresse, le quali non costituiscono certo un sistema, ma accennano la via che percorreranno Bartolo, *lucerna juris*, e la gloriosa scuola degli statutari.

Nella glossa d'Accursio nessun accenno alla regola che un atto debba rivestire le forme del luogo nel quale fu fatto. Solo negli immediati predecessori e nei contemporanei di Bartolo si trova posta e risolta la questione della forma degli atti.

(1) *Ad l. cunctos populos* (1, C. *de sum. trin.* 1, 1).

Jacopo da Arena (1) scrivendo intorno ai testamenti pone il caso che a Venezia uno straniero abbia testato secondo la consuetudine e lo statuto locale, cioè davanti a due o tre testimoni: ma tale statuto era contrario al diritto comune che richiedeva la presenza di sette od almeno di cinque testimoni: perciò due questioni sorgevano: la prima, se lo statuto stesso era valido; la seconda, se, riconosciutane la validità, esso fosse applicabile agli stranieri. Circa alla prima Jacopo distingue se lo statuto veneziano sia stabilito senza o con il consenso del Principe e nel primo caso decide essere lo statuto senza efficacia poichè secondo la l. 31, C. *de testam.* 6, 23, cinque testimoni sono necessari anche nei luoghi dove il diritto è ignorato e dove per favore non se ne esige sette; nell'altro caso, se lo statuto cioè si è stabilito col consenso del Principe a titolo di speciale privilegio, è valido. Per intendere bene questa condizione del *consensus Principis* richiesta da Jacopo per la validità dello statuto bisogna osservare che la questione del consentimento sorgeva per tutti gli statuti contrari al diritto comune e derivava dalla situazione politica delle città lombarde rispetto all'Impero: poste sotto la dominazione, almeno nominale, dell'Imperatore, avevano esse il diritto di darsi degli statuti contrari al diritto comune dell'Impero, ossia al diritto romano? Supponendo Venezia nelle stesse condizioni di semi-sovranità delle città lombarde, Jacopo poneva la questione circa allo statuto veneziano ch'egli infine dice valido perchè lo crede *de consensu Principis*. Determinata così la validità dello statuto egli domanda se sia applicabile allo straniero e risponde negativamente traendo argomento da vari testi e dicendo che se la l. 31, C. *de testam.* 6, 23, concede ai villici di un dato luogo di testare davanti a cinque testimoni, ciò non vuol dire che ogni persona estranea debba godere in quel luogo di quella facoltà: lo statuto è il diritto proprio della città e non si estende agli stranieri. — Oldrado (2), maestro di Bartolo e di Alberico da Rosate, seguì la stessa opinione sostenendola coi medesimi argomenti.

Jacopo di Revigny (3) esamina la questione dell'efficacia che ha un testamento fatto in una città secondo la forma del luogo sui beni del testatore, che son posti dentro e fuori del territorio nel quale ha

(1) In Bartoli, *Comment. in Cod.*, lib. I, tit. I, *de sum. trinit.*, n° 22.

(2) In Alberici a Roxate, *In primam Cod. part. Comment.*, l. 1, e *Super statutis*, I, questio 46.

(3) In Bartoli, *op. cit.*, n° 36.

testato e decide che l'erede istituito avrà diritto ai beni posti nel territorio dove fu fatto il testamento, l'erede *ab intestato* avrà gli altri: bisogna sempre, egli afferma, seguire la consuetudine del luogo dove son posti i beni, anche se così facendo si contradice alla massima: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* — Ma Guglielmo da Cugneaux (1) seguìto da Jacopo Buttrigario (2) qualche tempo dopo sosteneva che il testamento doveva esser tenuto per valido ed aver efficacia dovunque, perchè gli atti fatti davanti un giudice devono far fede davanti ad un altro, perchè come un'azione può esser intentata altrove che dove si trova la cosa, così la disposizione di questa cosa può farsi altrove che dove essa è posta, e per parecchie altre ragioni di poco valore. Guglielmo Durant (3) in pochi periodi molto oscuri sembra rifiutare tale opinione, quantunque in altro punto stabilisca che un giudice chiamato a decidere intorno ad un contratto fatto fra persone di differente origine, deve applicare la legge del luogo in cui fu fatto il contratto: ma non si sa se parli solo della sostanza di questo o anche della forma. — La prevalenza della *lex loci actus* non appare ancora così chiaramente nelle *Repetitiones* di Pietro di Belle-Perche, come nella *Lectura in codicem* di Cino da Pistoia (4); poichè il primo facendo l'ipotesi che lo statuto di Bologna richieda dieci testimoni per la validità di un testamento e che a Firenze ne bastino solo sette, avendo vigore in quest'ultima città il diritto comune, suppone che uno il quale ha dei beni tanto in uno che nell'altro paese faccia il suo testamento a Firenze davanti a sette testimoni: discutendo circa all'efficacia di quest'atto sui beni posti fuori della città in cui testò, decide come Jacopo di Revigny che l'erede istituito avrà i beni posti a Firenze e quello *ab intestato* i beni di Bologna, dato sempre però, aggiunge Pietro di Belle-Perche, che gli statuti delle due città sieno differenti: se in ambedue invece fosse legge il diritto comune, l'erede istituito raccoglierebbe tutta l'eredità: opinione contraria segue Cino da Pistoia, il quale accostandosi a quanto avea detto Guglielmo da Cugneaux sostiene l'erede istituito dover accogliere anche la parte dell'asse ereditario esistente a Bologna perchè la

---

(1) Ibidem.

(2) Ibidem.

(3) DURANTIS, *Quatuor libr. Speculi utriusque jur.*, lib. II, *De instr. edit.*, § 14, 15, 16, e lib. III, *De sentent. etc.*, cap. V, § 2.

(4) CINI DE PISTORIO, *Lectura in Cod.* — *In l. cunctos pop.* Ibidem anche l'opinione di Pietro di Belle-Perche.

legge del luogo in cui il testamento si fece è quella che deve prevalere.

Nelle soluzioni fino ad ora esaminate le quali, come quella di Cino si uniformano al principio l. r. a., bisogna però sempre rimarcare che il testamento della cui validità si discute si calcola sempre fatto in una città dove vige il diritto comune, non in una retta da consuetudini speciali: siccome il diritto romano si calcolava come superiore in autorità ai vari statuti locali, era facile perciò che a un testamento conforme al diritto romano si riconoscesse validità anche in un luogo retto da statuto speciale.

Non si può dire quindi che il principio l. r. a. sia stato posto da Cino in modo assoluto relativamente al testamento: per poter affermar questo sarebbe necessario che Cino avesse riconosciuto che un testamento fatto in una città secondo una consuetudine contraria al diritto comune doveva essere riconosciuto valido in un'altra città retta da statuto speciale o dal diritto comune: ciò fecero Alberico da Rosate, Giovanni Fabre e, meglio di questi, Bartolo.

Il primo (1) sostenne dover esser riconosciuto valido a Bergamo un testamento fatto da un mercante di quel paese a Venezia secondo la consuetudine locale, contraria al diritto romano perchè non richiedeva che due soli testimoni; Giovanni Fabre (2) intorno all'atto di ultima volontà fatto in un paese retto da speciali consuetudini, disponente di cose poste in altro paese di cui lo statuto è differente dal primo, dice che circa al modo di testare, alle solennità, dovrà essere osservata la *lex loci actus;* circa alla divisione dei beni, lo statuto del luogo dove questi sono posti.

6. A Bartolo da Sassoferrato fu attribuito il merito d'avere per il primo determinato il principio formulato più tardi con le parole *locus regit actum;* si disse anzi che quest' espressione può essere derivata da un testo di Bartolo stesso. Riservandoci di esaminare in seguito se e per quanto può essere riconosciuto al grande giureconsulto il merito della priorità nella determinazione di questo principio, ricerchiamo per ora nell'opera sua quello che può interessarci.

Interpretando la legge *Cunctos populos*, C. *de summa trinit.*, solito punto dal quale i commentatori generalmente prendono argomento a svolgere la teoria degli statuti, Bartolo, intorno alla glossa « *quod si Bononiensis...* », si pone le questioni: « *utrum statutum*

(1) Alberici, *op. cit.*, loc. cit.

(2) In Lainé, *op. cit.*, part. II, chap. II, III.

porrigatur extra territorium ad non subditos » e « *utrum effectus statuti porrigatur extra territorium statuentium* ». Parlando prima dei contratti Bartolo (1) suppone che intorno a un contratto fatto a Perugia da uno straniero sorga un litigio al luogo d'origine del contraente e si domanda quale dei due statuti dovrà prevalere: distinguendo le varie questioni che possono sorgere, dice che quanto alle forme esterne del contratto (*quae respiciunt ipsius contractus solemnitatem*) queste saranno determinate dallo statuto del « *locus contractus: et intelligo locum contractus ubi est celebratus contractus, non de loco, in quem collata est solutio* » quanto alla *litis ordinatio*, cioè alle forme di procedura, sarà applicabile la legge del luogo dove si giudica la causa. Continua poi parlando della sostanza del contratto.

È relativamente al testamento che il concetto di Bartolo circa alla forma degli atti più completamente si svolge e più perfettamente si determina. Egli suppone (2) come Jacopo da Arena che uno straniero faccia un testamento a Venezia e che lo statuto o la consuetudine veneziana richieda due o tre testimoni invece di cinque o sette come il diritto comune. Sarà valido questo statuto? Sarà applicabile agli stranieri? Bartolo risponde di sì alla prima domanda, anche indipendentemente dal consenso del Principe da Jacopo richiesto, perchè il numero dei testimoni è un elemento della pubblicità del testamento « *et solemnitas publicandi potest per statutum et consuetudinem minui et mutari* ». E affermativamente risponde pure alla seconda questione contrariamente a Jacopo de Arena: o lo statuto, egli dice, è limitato alle persone dei cittadini e non si estende quindi agli stranieri come sarebbe la l. 31, C. *de testam.* che parla dei rustici e non si estende ad altri; o lo statuto dispone in modo generale (*simpliciter et indefinite*) e avrà valore anche verso gli stranieri, come è il caso in questione: è un errore, quindi, afferma Bartolo, argomentare dalla l. 31, C. *de testam.* come fa Jacopo de Arena per negare l'applicazione dello statuto veneziano agli stranieri; quella legge riguarda solamente i rustici ed è fondata su speciali motivi; non così è dello statuto di Venezia.

Un altro punto (3) nel quale Bartolo intravvede l'esistenza dello statuto personale, è pure indirettamente importante per noi, quantunque alla questione della forma degli atti solo rapidamente accenni.

(1) Bartoli, *op. cit.*, n° 16.
(2) Ibidem, n° 21 e seg.
(3) Ibidem, n° 32 e seg.

Egli domanda: « se uno statuto che riguarda la capacità della persona dispone che un figlio di famiglia possa testare, si estenderà esso anche a un figlio di famiglia straniero? No, perchè uno statuto non può concedere la capacità ad una persona ad esso non soggetta, nè alcuna cosa disporre circa a questa persona: nè si opponga ciò che dissi sopra circa alla solennità: poichè la solennità dell'atto spetta alla giurisdizione del legislatore sul cui territorio l'atto si fa, e le solennità variano secondo i luoghi; ma la capacità della persona non è dovunque uniforme, e il legislatore non può disporre se non intorno alla capacità dei suoi sudditi. Senza dubbio anche la legittimazione di uno straniero si fa secondo la forma dello statuto del luogo in cui egli si trova, ma non già in virtù di esso statuto: questo non può applicarsi alla persona del legittimando; non fa altro che dare forma e solennità alla legittimazione che si deve fare nel territorio su cui impera (*legitimationi ibi fiendae dat formam et solemnitatem*). E lo stesso si dica degli statuti che non concedono certe capacità alla persona: p. es. uno statuto dice che il marito non può instituire erede sua moglie, e tuttavia niente impedisce che uno straniero non incapace di farlo secondo la legge sua possa, nel territorio soggetto allo statuto che lo vieta, instituire erede la moglie sua ».

Il principio poi della territorialità assoluta dello statuto delle forme, è chiaramente espresso da Bartolo quando esamina « *an statuta vel consuetudines porrigant effectum suum extra territorium* ». Se uno statuto, egli scrive, vieta di fare un testamento o qualche altro atto in altro modo che non sia davanti a due notai o con qualche altra solennità, questo statuto non estende l'efficacia sua oltre il territorio su cui impera: poichè, come fu detto, in materia di solennità si deve aver sempre riguardo al luogo nel quale l'atto si fa tanto se si parla di contratti, che di disposizioni di ultima volontà.

Finalmente Bartolo parla dell'efficacia esterritoriale delle disposizioni attributive di facoltà e pone le questioni: se un atto permesso da uno statuto può esser fatto fuori del territorio retto dallo statuto che lo permette e se un atto regolarmente fatto sotto l'impero della legge che lo permette, produce i suoi effetti fuori del territorio. Svolgendo questi due punti insieme, dice: « Alle volte uno statuto concede o permette una certa facoltà che ragionevolmente non spetta se non a quelli cui per privilegio speciale è concessa; p. es. qualcuno è per lo statuto d'una città investito della funzione di notaio: potrà egli rogare degli atti fuori del territorio di quella città? No, perchè tiene la sua

autorità non dal Principe ma da una autorità inferiore. Ma però gli instrumenti rogati da tal notaio entro quella città avranno dovunque valore esterritoriale: così l'emancipazione fatta davanti al magistrato cui la legge municipale diede competenza, sarà efficace dovunque: si tratta infatti più di forma che di sostanza. — Qualche volta uno statuto autorizzando ciò che è permesso per diritto comune toglie qualche ostacolo posto da questo come, p. es. quando uno statuto stabilisce che i testimoni ad un testamento debbano esser quattro mentre per diritto romano devono esser sette: un testamento fatto con quattro testimoni nel territorio su cui tale statuto impera, avrà valore per i beni del testatore posti fuori di quel territorio? Su tale questione Uberto de Bobio ed altri ultramontani riferiti dallo Speculator (1) avevano poco chiaramente parlato. Poi Jacopo de Ravena disse che l'erede instituito avrà i beni posti nel territorio e che gli altri beni posti fuori andranno all'erede *ab intestato*. Cino da Pistoia fu dapprima di questo parere: ma poi mutò opinione e seguì quella di Guglielmo de Cugneaux il quale dice che indistintamente il testamento è valido e produce i suoi effetti tanto sui beni posti nel territorio che su quelli posti fuori: opinione ch'è la migliore e che io approvo ». E qui il grande commentatore giustifica questa soluzione con alcuni argomenti privi di valore e che del resto non hanno a che fare col l. r. a. Ecco tutto ciò che Bartolo scrisse intorno alla nostra questione.

7. Il Duguit (2) dice che un'altra ipotesi poteva presentarsi, questa cioè: la persona che si trova in un territorio dove non è domiciliata può seguire la forma del luogo nel fare un atto; ma potrà essa fare quest'atto nella forma prescritta dalla legge personale sua? I giureconsulti italiani non risolvono esplicitamente tale questione, afferma il Duguit; ma egli crede tuttavia che dall'esame delle loro opere risulti che essi consideravano come un favore il diritto riconosciuto a uno straniero di fare un atto nella forma della *lex loci actus* e che quindi lo straniero conservasse evidentemente il diritto di fare l'atto nella forma della sua legge personale. Senza parlare per ora degli altri giureconsulti italiani, solo occupandoci del maggiore fra essi, di Bartolo, ci sembra che dai suoi scritti risulti precisamente l'opposto di quanto dice il Duguit; si può anzi affermare aver egli espresso esplicitamente un opposto parere. Difatti, anche trascurando di notare come

(1) Guglielmo Durant detto *Speculator* dal suo *Speculum utriusque juris*.
(2) Duguit, *op. cit.*, loc. cit.

Bartolo più e più volte affermi che le forme degli atti devono seguire la legge del luogo dove si fanno, come egli fedele a questo principio mai non faccia neppure l'ipotesi opposta, come parlando della legittimazione di uno straniero, dica che la legge del luogo non si applica allo straniero, ma dà forma e solennità alla legittimazione, e così si dica dei contratti, così delle disposizioni di ultima volontà; ci basti ricordare ciò che scrisse circa all'assoluta autorità territoriale delle leggi relative alle forme degli atti: se uno statuto stabilisce che un testamento debba, per esser valido, esser fatto davanti a due notai o con qualche altra solennità, tale statuto non avrà valore fuori del territorio su cui impera: « *quia in solemnitatibus semper inspicimus locum ubi res agitur* ». Non è forse in questo passo espresso il divieto di seguire circa alla forma la legge personale dello straniero? Bartolo non dice forse che *sempre* si deve aver riguardo, quanto alla forma, alla legge del luogo? Egli non fa l'ipotesi contraria neppure nel caso in cui uno straniero eserciti un diritto concessogli dalla legge personale in un luogo dove lo statuto ai suoi soggetti tal diritto nega: quando difatti dice che uno straniero cui sia concesso secondo la sua legge di instituire erede sua moglie, può farlo anche se si trova in un territorio del quale lo statuto vieti questo ai suoi soggetti, non suppone neppure che in tal caso lo straniero testi secondo la forma dalla legge sua prescritta: e sarebbe stato appunto questo il caso di porre una limitazione al principio generale, se Bartolo avesse creduto essere solo un favore e non una disposizione assoluta l'applicazione della *lex loci actus* quanto alla forma. Esprimeva quindi un concetto molto più conforme a verità di quello del Duguit, il Lainé, il quale, senza entrare nell'analisi da noi fatta dei passi di Bartolo, diceva appunto come una accurata ricerca avrebbe condotto a riconoscere che Bartolo faceva prevaere, quanto alla forma, lo statuto del luogo dove un atto si fa sullo statuto personale del testatore.

Riannodando dunque le sparse fila, dopo la nostra ricerca possiamo dire che Bartolo senza eccezione alcuna stabilisce che un atto qualsiasi deve rivestire le forme prescritte dalla legge del luogo nel quale è fatto ed ottenere così validità universale.

Non crediamo che si possa col Duguit e con altri dire che Bartolo sia stato il primo a porre questo principio (1): il merito della priorità

(1) Il Duguit anzi dice che non sarebbe meravigliato se l'espressione: *locus regit actum* fosse la derivazione del testo di Bartolo da lui così riportato:

non spetta a lui perchè già abbiamo veduto come altri giureconsulti a lui anteriori lo avessero ammesso nella soluzione di qualche conflitto: Bartolo stesso implicitamente riconosce di non essere il primo a stabilirlo citando i commentatori che qualche volta lo avevano adottato (1). Il merito di Bartolo sta nell'averlo applicato in modo assoluto, senza eccezione alcuna, e sta specialmente nell'averlo seguìto non solo quando si trattava di conflitti fra statuti differenti, ma anche quando il conflitto sorgeva fra uno statuto e il diritto comune. E tal merito suo più chiaramente appare se si ricorda la nostra osservazione sulla soluzione data conformemente al l. r. a. da Cino da Pistoia, se si osserva specialmente che un conflitto fra uno statuto e il diritto comune non era un conflitto fra due leggi che avessero la stessa importanza, la stessa autorità come sarebbero oggi la legge italiana e la francese, ma la legislazione statutaria stava invece di fronte al diritto romano nello stesso grado di soggezione, per così dire, nel quale stavano le città lombarde di fronte all'Impero.

Pur riconoscendo nel commentatore questi meriti il Lainé però dice (2): è vero che Bartolo fu più accurato di qualunque altro nell'esaminare la doppia questione di sapere se la legge locale è applicabile alla forma del testamento degli stranieri e se il testamento conforme alla legge locale è valido rispetto ai beni posti in territorio straniero e che egli diede risposta affermativa ad ambedue, ma non fondò questa sua opinione su ragioni molto soddisfacenti: per spiegare la soluzione data alla prima questione egli si limita a citare la l. 2, C. *quemadm. testam. aper.* 6, 32 che è relativa ad un'altra ipotesi; per spiegare la seconda invoca alcuni argomenti di analogia e alcuni testi dei quali due soli sono degni di qualche attenzione: la l. 31, C. *de testam.* 6, 32 dichiara che il testamento fatto nel contado davanti a cinque testimoni è valido dovunque: come gli atti fatti davanti un giudice devono far fede per un altro giudice, così il testamento regolarmente fatto in un deter-

---

« *respiciunt actus..... locus actus.....* ». Quantunque la questione sia di secondaria importanza, osserviamo che la citazione del Duguit è inesatta. Bartolo scrisse che circa a « *quae respiciunt contractus solemnitatem..... inspicitur locus contractus* » (Bartoli, *op. cit.*, n° 13). Da questo passo che in tal modo è scritto in tutte le edizioni di Bartolo che abbiamo potuto vedere, è chiaro che non poteva derivare la formula *l. r. a.*

(1) Da ciò apparisce l'errore in cui cade il Savigny (*Traité du droit rom.*, vol. VIII, § 381), seguìto dal Phillimore e dal Wharton, quando fa risalire solo al secolo XVI l'origine della nostra regola.

(2) Lainé, *op. cit.*, loc. cit.

minato luogo deve aver efficacia dovunque. In fondo la ragione decisiva agli occhi di Bartolo deve essere questa: lo statuto che diminuisce il numero dei testimoni richiesto dal diritto comune è uno statuto *utilis, bonus et favorabilis* e deve quindi prevalere su di una legge meno favorevole; la forma del testamento dipende poi naturalmente dalla legge locale. « Mais pourquoi la loi locale est-elle la loi compétente en cette matière? Voilà ce que l'auteur ne sait pas dire ». A noi pare che circa a questo punto il Lainé non sia stato così accurato nell'esame di Bartolo come solitamente è: difatti la ragione che il Lainé non trovò, secondo noi, è detta al paragrafo 41. Bartolo scrive (1): « altro è parlare delle disposizioni relative alla solennità di un atto, altro di quelle relative alla abilitazione legale di un individuo a fare un atto. Circa alle prime, la ragione della loro diversità è varia secondo la varietà dei luoghi: nel testamento militare si richiede un minor numero di testimoni del solito, perchè durante una occupazione militare non è facile trovarne molti: la legge prescrive quindi un più ristretto numero di testimoni: può poi anche essere che in una città vi sia un maggior numero di notai che in un'altra: perciò sono stabiliti statuti diversi; e la ragione per la quale si stabiliscono queste solennità è la stessa, ha valore, tanto nel testamento dello straniero come in quello del cittadino. Per questo il diritto vuole che per quanto riguarda la solennità, dovunque sia riconosciuto agli atti l'effetto che esso loro attribuisce. Nè in tal modo si pregiudica le altre città: quell'atto, quantunque non sempre con le stesse solennità, pure dovunque potrà essere celebrato. Ma le disposizioni relative all'abilitare una persona a fare un dato atto non sono di questa natura: perciò non

---

(1) Riportiamo esattamente il passo di Bartolo: « ..... *nam aliud est in dispositione circa solemnitatem actus quod circa legitimationem personae ad actum. — Ratio: quia facta diversitate locorum, diversificatur ratio diversitatis. Nam in militari testatione requiruntur pauciores testes: quia per occupationem militarem non possunt tot homines haberi: ideo ibi statutum est de pauciori numero testium. Potest etiam esse, quod in una civitate sunt homines magis legales, quam in alia; ideo fiunt statuta diversa. Ideo ista ratio solemnitatis habet locum in testamento forensis, sicut in cive. Ideo jus voluit, quod quantum ad solemnitatem, inspiciatur effectus ejus, ad omnem locum. Non enim per hoc alteri civitate praejudicatur: cum ille actus ubique poterit celebrari, licet non cum illa solemnitate. Sed dispositio circa personam legitimandam ad actum faciendum non est hujus naturae: ideo non possum legitimare, nisi quantum ad me ipsum disponentem pertinet: nec porrigitur extra meum territorium, quia facerem alteri praejudicium* ».

posso abilitare una persona se non per quanto tale facoltà a me legislatore spetti: nè si estendono oltre al mio territorio, perchè altrimenti recherei pregiudizio ad altra città ». Ecco dunque come Bartolo giustifica la regola che pone; è l'opportunità che consiglia, è la necessità che impone di dare dovunque valore agli atti fatti con la solennità della legge del luogo; la quale darà dovunque validità all'atto, perchè se anche le forme differiscono da un luogo all'altro secondo le varie condizioni delle diverse città, la ragione per cui tali forme sono stabilite è dovunque la stessa. Ci pare dunque che Bartolo dia ragione della regola posta. Saremmo d'accordo col Lainé s'egli avesse detto che la giustificazione da Bartolo data non gli soddisfa, perchè non si dà ragione di una regola di diritto, non la si giustifica, fondandola sulla opportunità o sulla necessità: ma pure ammettendo ciò, non è forse questo, del resto, il fondamento che al l. r. a. dànno quasi tutti i giureconsulti ai giorni nostri? Avremo occasione di constatarlo in seguito e di criticare la loro opinione: per ora, ci basti l'aver dimostrato inesatta l'affermazione del Lainé e provato che Bartolo giustificò la regola che stabilì.

Può sembrare che forse troppo lungamente abbiamo discorso di Bartolo; era però, a nostro credere opportuno il farlo in considerazione della importanza della teoria del commentatore, e della grande influenza che l'opera sua esercitò per due secoli sulla dottrina italiana degli statuti.

8. I suoi successori infatti, specialmente per quanto riguarda la nostra questione, abbracciano quasi sempre la sua opinione. Baldo degli Ubaldi (1) parlando *de jure formae et solemnitatis* dice: « *si loquimur de esse contractus et inspicitur locus contractus* ». Egli però non tratta lungamente la questione della forma degli atti e circa alla efficacia di un testamento sui beni posti fuori del territorio in cui fu fatto, supponendo che un barone possegga molti castelli in Francia e molti in Lombardia, e che qui viga il diritto comune, in Francia una consuetudine speciale, afferma bensì che se il barone fa testamento in Lombardia, secondo il diritto comune esso avrà effetto anche sui castelli francesi, ma si astiene dall'esporre il proprio avviso intorno all'efficacia che potrebbe avere in Lombardia il testamento se fosse fatto in Francia secondo le consuetudini locali (2).

(1) Baldi, *Comment. in primum, etc., Cod. libr. — De sum. trinit. in l. cunct. pop.*, n. 85, 86.

(2) Baldo in un consulto (*Consultorum sive responsorum* Baldi Ubaldi,

Intorno alla medesima questione sul testamento il Saliceto dice (1): « *quod statutum Bononiae in cujus loco testamentum fabricatum debet attendi* »: e non già circa alla forma ed alla sostanza dell'atto di ultima volontà, ma solo circa alla prima: « *statutum concernens solemnia testamenti non disponere de bonis principaliter, sed tantum sufflare spiritum in testamentum, illud validando* ». Notevole per la chiarezza con cui espone il principio l. r. a., e per la ragione che ne dà, è Paolo da Castro: Si deve aver riguardo alla legge del luogo, egli scrive (2): « *si statutum loqueretur de ipso contractu: puta quod in quolibet contractu servetur talis solemnitas vel quod non sit necessaria, licet requiratur de jure communi, nam tunc statutum ligat et afficit contractum ibi celebratum, licet per forenses, quia talis contractus dicitur nasci ubi nascitur, et, sicut persona ratione originis ligatur a statutis loci originis, ita et actus* ».

Il principio era posto ed accettato generalmente: Alessandro de' Tartagni afferma come gli altri, che la *lex loci actus* deve prevalere (3) « *quantum ad formam conficiendi contractus seu instrumentum contractus et ejus solemnitates servandas* », e lo stesso ripetono Corneo, Ruino, Socino, Giason del Maino, e quasi tutti gli altri giureconsulti italiani del XV secolo, che si occupano dei conflitti di leggi.

9. Non così si può dire dei successori di Bartolo in Francia, che alcuni, fors' anche perchè differente dal nostro era l'ambiente in cui vivevano, nel quale predominavano ancora le idee feudali, non accolgono le conclusioni cui i giureconsulti italiani erano giunti.

---

vol. V, Cons. CCCLV) dice che se uno statuto stabilisce che saranno validi i testamenti fatti nel contado davanti a quattro testimoni e un sacerdote, e se in quel luogo vien fatto un testamento davanti a sette testimoni senza sacerdote, questo sarà valido, perchè quello statuto *continet dispensationem*, *non necessariam formam*, e non è questo il caso di dire che è prefissa una determinata forma, *quae non servata testamentum non valeat.* Il DUGUIT (*op. cit.*, pag. 29) trae da questo passo erroneamente la conseguenza che Baldo e i giureconsulti del suo tempo ammettevano si potesse far testamento secondo la legge personale propria. È inutile spender molte parole per dimostrare erronea la illazione tratta da quel consulto di Baldo, prima perchè trattandosi di un caso pratico poteva esser benissimo che lo statuto permettesse nel contado una forma speciale senza escludere la forma del diritto comune, poi perchè Baldo non dice che la legge personale del testatore fosse il diritto comune.

(1) SALICETI, *Pars prima in primum et sec. Cod. libr. in l. cunct. pop.*, n° 8.

(2) PAULI CASTRENSIS, *In prim. Cod. part. Comm. in l. cunct. pop.*, n° 11.

(3) ALEXANDRI TARTAGNI, *Consilia*, lib. III, Cons. C, n° 15.

Giovanni Masuer, ad esempio, non segue la regola l. r. a. « Si le testament faict par devant un vicaire et deux tesmoins est valable, au lieu où il est faict, egli scrive (1), cela s'entend des biens qui sont assis et situez en ce lieu, et non de ceux qui sont ailleurs, principalement des immeubles, pour lesquels est requis de Droict et de Coustume sept ou à tout le moins cinq tesmoins, sinon que le père fist son testament entre ses enfants: car, allors il suffit qu'il y ait deux tesmoins, et toujours faut avoir esgard à la Coustume du lieu auquel les biens sont situez et assis ». Ma qualche anno dopo Bartolomeo Chasseneux affermava circa alla forma degli atti il principio dominante in Italia (2), inspirandosi appunto alla dottrina prevalente nelle scuole di Torino e di Pavia dove aveva studiato, ed il contemporaneo sua Andrea Tiraqueau non solo stabiliva (3): « *et hoc generale est quod circa solemnitates attenditur statutum et consuetudo loci ubi actus celebratur* »; ma opportunamente osservava che il consenso del marito, del padre, del curatore, necessario alla moglie, al figlio, al minore, non doveva essere calcolato come una formalità ma bensì come una questione di capacità: errore in cui alcuni scrittori a quel tempo cadevano, e che il Merlin tre secoli dopo dovea ripetere annoverando quel consenso fra le così dette *formalità abilitanti*, e queste sottoponendo alla regola l. r. a.

Il Dumoulin finalmente, ultimo e grande seguace della scuola italiana in Francia, con una rimarchevole chiarezza riassumeva le conclusioni cui si era giunti al suo tempo circa alla forma degli atti, appoggiandole con la sua alta autorità. « *Aut statutum loquitur de his*, egli scrive (4), *quae concernunt nudam ordinationem vel solemnitatem actus, et semper inspicitur statutum vel consuetudo loci, ubi actus celebratur, sive in contractibus, sive in iudiciis, sive in testamentis, sive in instrumentis aut aliis conficiendis. Ita quod testamentum factum coram duobus testibus, in locis, ubi requiritur maior solemnitas, valet ubique. Idem in omni alio actu* ». Osserviamo che il Dumoulin in altro punto avea nettamente distinti gli elementi intrin-

(1) Masuer Jean, *Practica Forensis*, tit. xxxii, n° 38, ap. Lainé, *op. cit.*, part. ii, chap. ii, vii.

(2) Chassaneo, *Cons. Burg.*, col. 527, n. 3 e 4, in Lainé, *op. cit.*, loc. cit. Ved. anche dello stesso Chasseneux i *Consilia*.

(3) Tiraquellus, *Ex Comm. in Pictonum cons.*, Glossa VIII, *De son mary*, n. 217 e 219.

(4) Molinei, *Comment. in Cod.*, lib. i, tit. i, vol. III.

seci dell'atto ch'egli chiama *forma substantialis*, dagli elementi estrinseci di validità ch'egli chiama *solemnitas extrinseca* (1), e applicò rettamente tale giusta distinzione in un notevole *Consilium:* il diritto comune in vigore nel mezzogiorno della Francia e specialmente la *Coutume* di Borgogna, esigevano che in ogni testamento certi eredi fossero instituiti almeno fino alla concorrenza della loro legittima; si domandò al Dumoulin se questa condizione che il testamento doveva osservare, apparteneva alla *forma substantialis* od alla *solemnitas actus*, e se doveva esser eseguita dal testatore che si trovasse fuori del territorio su cui tal regola imperava. Il Dumoulin, contro l'interesse del suo cliente, decise (2) che quella regola non riguarda la solennità del testamento ma la sua validità intrinseca, e che quindi dovunque si trovasse il testatore doveva seguirla, tale essendo la prescrizione della sua legge personale. Ripete poi in altri punti (3) ancora che dovunque sarà valido il testamento fatto secondo la *lex loci actus*, riconoscendo esplicitamente a questa regola un valore imperativo.

10. Per opera dunque dei commentatori il principio l. r. a. era stato posto ed in tal modo assodato che non era più oggetto di discussione la questione di sapere secondo qual legge dovevansi determinare le forme di un atto, qualunque esso fosse, fatto da un individuo fuori del suo territorio. Ma questa regola aveva un vizio d'origine che la doveva far rifiutare da quei grandi giureconsulti che nel XVI secolo dettero nuova vita alla scienza del diritto, e la disciolsero dalle pastoie della scolastica; e il vizio stava in ciò, che i commentatori la avevano derivata direttamente dal diritto romano: da Jacopo da Arena a Bartolo, da Baldo a Dumoulin, tutti coloro che avevano discusso intorno alla forma degli atti, giustificavano la quasi comune conclusione coi testi del *Corpus juris*, e invocavano la l. 9, C. *de testam.* 6, 23, la l. 2, C. *quemadm. test. aper.* 6, 32, la l. 1, C. *de emanc.* 8, 49, ed altre ed altre ancora (che noi nell'esame delle opinioni di quegli autori non abbiamo riportato per non ingombrare di inutili citazioni le nostre pagine), in appoggio della regola posta. Quando la nuova scuola degli umanisti, mutato il metodo, non si limitò più a interpretare la Glossa, ma direttamente ricorse alle fonti e queste richiamò all'antico

---

(1) Molinei, *op. cit.*, *In lege prima de verb.*, n. 39-40, vol. III.

(2) Molinei, *Consilia*, 46, n° 1, vol. II.

(3) Molinei, *Comm. in Cod.*, lib. I, tit. I, vol. III, e lib. VI, tit. XXXII, vol. III; *Consil.*, 46, n° 1, vol. II.

onore e con spirito nuovo e più larghe ed esatte conoscenze filologiche e storiche studiò, bene avvertì l'errore in cui i commentatori erano caduti derivando dal diritto romano le regole per i conflitti di leggi.

Ma gli umanisti poi, chiarito questo errore e sceverato il diritto romano dalla nuova fioritura che intorno ad esso s'era formata, invece di accettare questa, anche se derivata da una inesatta conoscenza delle fonti, perchè corrispondeva pure nella pratica ai nuovi bisogni ed aveva un'importanza giuridica, abbandonarono e confutarono le nuove teorie dei commentatori solo perchè fondate su di erronee interpretazioni del testo romano. Quando poi il problema del conflitto di leggi differenti si presentò al loro studio, essi dal diritto romano giustamente interpretato derivarono le loro decisioni, le quali non solo erano contrarie a quelle fino allora accettate, ma essendo date con la applicazione di un diritto che quei conflitti non aveva preveduti, non corrispondevano ai bisogni delle nuove condizioni, nè soddisfacevano alla ragione giuridica dei nuovi tempi. I commentatori insomma, partiti da un'inesatta interpretazione del testo giustinianeo e torcendo il diritto romano alle esigenze della pratica arrivarono inconsciamente a formare una teoria originale che essi per errore credevano contenuta in alcune leggi del Digesto o del Codice; i giureconsulti della scuola culta invece, volendo con rigida logica applicare l'esatta loro interpretazione del testo giustinianeo alla soluzione di conflitti che il diritto romano non aveva preveduti, arrivarono necessariamente a conclusioni errate.

Così, ad esempio, uno dei testi più spesso citati dai commentatori in appoggio alla regola l. r. a., che essi, come abbiamo veduto, avevano posto, è la l. 9, C. *de testamentis* 6, 23: un testamento era stato fatto senza osservare la regola di diritto romano che i testimoni dovevano essere immediatamente presenti a tutta la confezione del testamento: dietro domanda di Patroclia (probabilmente l'erede istituito), gli imperatori rispondono con un rescritto che il testamento è nullo se il *privilegium* (1) della patria del testatore richiede la presenza dei testimoni. I commentatori, male interpretando questa legge, credono che vi si tratti di un conflitto fra differenti diritti locali, sup-

(1) *Privilegium* deve intendersi qui come il diritto particolare o una parte del diritto particolare accordato da una costituzione imperiale alla patria del testatore.

pongono che il testamento sia stato fatto nella patria del testatore, e senza osservare che in questa legge si parla bensì della patria del testatore, ma non è affatto detto dove il testamento sia stato fatto, citano questo passo come contenente implicitamente in sè la regola l. r. a. che essi invece per i primi stabilivano. Cujacio, al contrario, insieme con altri umanisti interpretando esattamente quel passo ne vuole applicato il principio anche ai conflitti di leggi che al tempo suo sorgevano, e scrive (1): « *quaeri hodie saepenumero solet, cujus regionis aut civitatis legem moresve servari oporteat in ordinando testamento; nam quot sunt civitates, tot fere sunt ordinandi testamenti leges aut mores: et soleo dicere, patriam testatoris solam spectari oportere ex l. 9, C. de testam. quae ita demum testes exigit in conspectum venire testatoris, si non speciale privilegium patriae hanc juris observationem remiserit* », e distinguendo poi due patrie, una di origine e una del domicilio « *domicilii potius*, aggiunge, *quam originis spectari patriam volo* ». Ecco dunque come i commentatori, partendo da un presupposto falso arrivarono a formulare una regola oggi universalmente accettata, i giureconsulti della scuola culta da un'interpretazione giusta derivarono una regola che era insostenibile.

Fachineo (2) accetta pure la conclusione di Cujacio, e sostiene che un testamento fatto secondo la *lex loci actus* non può aver effetto sui beni posti fuori di quel territorio e neppure sui beni posti dentro, se il testatore appartenendo ad altro Comune *non gaudet beneficiis statutorum loci*, dove testa, ammettendo a questi benefici e quindi alla testamentifazione attiva solo i *peregrini*, *qui subeunt munera civitatis* dove si trovano.

11. Mentre Cujacio dunque, e gli altri giureconsulti della scuola culta, rappresentano un grande progresso nello studio del diritto, essi segnano un regresso nello sviluppo della teoria dei conflitti di leggi e specialmente nella soluzione della nostra questione. Non avendo però i loro studi esercitato molta influenza sulla pratica e solo pochi fra loro essendosi occupati dei conflitti di leggi, si può dire non sia stato arrestato per opera loro lo svolgimento del principio l. r. a. dai commentatori posto: ad essi poi sempre deve essere riconosciuto il merito di aver per i primi dimostrato l'errore nel quale i commentatori erano caduti, di trovare in alcune leggi romane stabilita la regola

---

(1) CUJACII, *Observationum*, lib. XIV, cap. XII.

(2) FACHINEI, *Controversiarum*, lib. V, cap. XI e XCI.

l. r. a. Molti sono i passi del Digesto e del Codice dai quali i commentatori così argomentavano: della l. 9, C. *de testam.* 6, 23, abbiamo già parlato; le altre sono:

L. 34, D. *de reg. jur.* 50, 17: « *Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequamur, quod actum est, aut si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est frequentatur* ».

L. 6, D. *de eviction.* 21, 2: « *Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet* ».

L. 1 pr., D. *de usur. et fruct.* 22, 1: « *Cum judicio bonae fidei disceptatur arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur; ita tamen ut legi non offendat* ».

Anzi tutto questi testi non prevedono conflitti di legislazioni: essi riguardano solo consuetudini locali in antitesi alle leggi generali (1), non già norme di diritto territoriale in opposizione alla legge personale dello straniero: si applicano ai cittadini non agli stranieri, chè all'epoca di Ulpiano, di cui sono quei testi, tutti i sudditi dell'impero erano già cittadini romani per la costituzione d'Antonino Caracalla. Quei testi non fanno altro che rimandare per l'interpretazione di un atto giuridico, alle *consuetudini locali*, agli *usi di fatto* che non bisogna confondere con le *regole di diritto* locali (2). Così quando si tratta di interpretare un contratto indeterminato, si suppone che le parti abbiano avuto intenzione di conformarsi a ciò che era usitato nel luogo del contratto, e con ciò si deve intendere non già una regola di diritto, ma gli usi di fatto generalmente in quel luogo adottati.

Ma anche ammettendo che in quei testi si tratti di veri e propri conflitti, non si può certo interpretarli come riguardanti la forma dei contratti: in quei passi non si parla della forma ma solo dei diritti e delle obbligazioni risultanti da quei contratti; e si dice che deve presumersi l'intenzione delle parti di sottoporre le conseguenze giuridiche di quei contratti alle consuetudini del luogo in cui furono fatti; ora questo principio non può essere esteso con un'arbitraria interpretazione alla forma degli atti, la quale è questione al di fuori

(1) Savigny, *Traité du dr. rom.*, vol. VIII. chap. i, § cclvi.

(2) È precisamente lo stesso come oggi è stabilito dall' art. 1 del nostro Cod. di commercio: « In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili: gli usi locali o speciali prevalgono agli usi generali ».

della volontà delle parti: come benissimo dice il Zachariae (1), la questione di ciò che un contraente deve prestare all'altro, è una *quaestio facti et voluntatis*, ma la questione se un contratto è per la sua forma giuridicamente obbligatorio è una *quaestio juris*, nè si può, senza incorrere in una petizione di principio, estendere la regola con cui si decide la prima a risolvere la seconda.

L. 2, C. *quemad. test. aper.* 6, 32. Un padre assente dalla città del suo domicilio (*patria*) consegna il suo testamento al figlio incaricandolo di portarlo in patria. Gl'imperatori Valeriano e Galieno ordinano che per l'apertura del testamento davanti alla curia, si osserveranno le consuetudini della città. Non si tratta qui di conflitto fra leggi differenti; l'atto è fatto nella città stessa cui appartiene la persona interessata e si applica naturalmente a quest'atto il diritto proprio della città: il testo non esprime altro che gli atti giuridici sono sottoposti al diritto locale.

L. 1, C. *de emancip.* 8, 49. Un padre aveva emancipato il figlio davanti i decemviri d'una città cui non apparteneva, e la validità di questa emancipazione era contestata. Il dubbio nasceva da ciò, che in generale i magistrati municipali non aveano la *legis actio* e solo eccezionalmente la ottenevano per privilegio. Gl'imperatori rispondono che la validità della emancipazione dipende dal diritto locale della città: *si lex municipii in quo te pater emancipavit, potestatem decemviris dedit ut etiam alienigenae liberos suos emancipare possint, id quod a patre factum est, suam obtinet firmitatem.* Neppur qui dunque il menomo accenno a' conflitti di leggi locali e lo stesso, senza moltiplicar gli esempi, si può ripetere e per la l. 9, C. *de testam.* 6, 23 di cui già prima abbiamo parlato, e per tutte le altre leggi di minore importanza quali la l. 65, D. *de judic.* 5, 1, la l. 9, D. *de test.* 22, 5, la l. ult., D. *de testam.* 6, 23, ecc., che vengono continuamente citate dai commentatori in appoggio della regola l. r. a. specialmente in riguardo al testamento (2). Il diritto romano non ebbe dunque a risolvere con-

---

(1) ZACHARIAE, *Ueber die Rechtsregel l. r. a.*, § 3.

(2) Circa al testamento poi non doveva sorgere dubbio alcuno sul sistema seguito dal diritto romano per regolarne la forma: chè dai testi chiaramente appare non essere stato mai seguito il principio l. r. a.; poichè se un cittadino romano si trovava presso un altro popolo o questo era calcolato come *foederatus*, e allora egli poteva far testamento secondo la legge romana, o era calcolato *hostis*, ed in tal caso il testamento fatto presso quel popolo era tenuto come nullo (l. 7, D. *de capt. et post.* 49, 15, l. 8 pr., D. *qui testam.* 28, 1).

flitti di legislazioni, nè in esso si può trovare l'origine della regola l. r. a.; questa conclusione che solo ai nostri giorni per opera dello Zachariae e del Savigny (1) si giunse a formulare assolutamente, fu però stabilita per la prima volta dalla scuola culta, cui spetta il merito d'aver chiarito in tal modo l'errore di Bartolo e de' giureconsulti suoi contemporanei.

Non è del resto da meravigliarsi se i commentatori che del diritto romano facevano quasi il loro unico studio, credettero aver trovato nel *Corpus juris* le prime idee sull'estensione esterritoriale d'una legge: « c'était l'illusion de disciples abusés par l'aveugle foi qu'ils avaient en leurs maîtres; ils croyaient n'être que l'écho d'une autre pensée, alors qu'ils faisaient oeuvre personelle; ils adaptaient aux besoins présents des décisions données en vue de difficultés différentes, en s'ingéniant de bonne foi à en dénaturer le sens » (2). Questo errore poi a nostro credere produsse dei vantaggi facendo sentire l'influenza del diritto romano sui primi sviluppi della teoria degli statuti: chè Bartolo e i giuristi che lo precedettero e lo seguirono fino al Dumoulin derivando inconsciamente una dottrina originale dal diritto romano s'inspirarono a quel severo metodo, a quella serrata logica giuridica, a quei principii d'equità, a quell'indirizzo pratico che fanno del diritto romano il più grande dei diritti e li trasfusero senza neppur saperlo o volerlo nella dottrina italiana degli statuti.

12. Non è da pensare però che i commentatori siano stati gli ultimi a credere di derivare le soluzioni ai conflitti di leggi dal diritto

Sola eccezione era fatta per coloro che occupavano qualche funzione diplomatica (l. 12, 1, *qui testam. facere poss.* 28, 1). In tempi a noi più vicini per una costituzione dell'imperatore Leone fu permesso al romano che si trovasse in cattività di far testamento valido, ma se ne prescrivevano le forme. In tutte queste leggi non v'è dunque nulla d'analogo alla regola l. r. a.; e lo stesso dev'esser detto per i testamenti degli individui che appartenevano a un *populus foederatus* fatti nel territorio dell'impero. Le formalità di questi testamenti erano quelle stabilite dalle leggi del testatore, non quelle stabilite dalla legge romana (l. 9, C. *de testam.*). Vedi in proposito Zachariae, *op. cit.*, § 3.

(1) Vedere in proposito Savigny, *op. cit.*, loc. cit.; Zachariae, *op. cit.*, loc. cit.; Hartogh, *op. cit.*, cap. iv; Waechter, *Ueber die Coll.*, ii, 1, § 4; Bar, *Theorie und Praxis des intern. Privatr.*, Buch i, ii, § 8 e seg.; Duguit, *op. cit.*, part. i, chap. i; Foelix et Demangeat, *Traité de dr. int. privé*, lib. ii, tit. i, chap. i.

(2) Lainé, *op. cit.*, part. ii, chap. i, ii.

romano: altri giuristi ancora dal XVI al XVIII secolo continuano a citare il Digesto o il Codice in appoggio alle loro teorie intorno agli statuti: ma anzitutto non lo fanno così generalmente come i commentatori, poi, se lo fanno, è più perchè tale è la consuetudine generale che per vero convincimento di derivare dai testi le soluzioni che dànno, o almeno perchè abituati a porre le loro idee sotto il patronato del diritto che per essi è l'espressione stessa della ragione, credono trovarvi un aiuto anche in una materia nella quale nulla ci trasmise (1). È insomma quasi uno speciale carattere dei commentatori, quello di appoggiare completamente le loro teorie sull'autorità del diritto romano: è perciò che dopo aver esposto le idee degli ultimi successori di Bartolo, abbiamo voluto accennare a questo loro errore, e chiarirlo: lo facemmo a questo punto della nostra trattazione anche perchè si può dire che col Dumoulin finisca la scuola italiana degli statutari alle teorie di Bartolo direttamente informata e incominci un'altra epoca in cui la dottrina degli statuti ottiene nuovo svolgimento in Francia, in Olanda, in Germania.

Le condizioni economiche e politiche dell'Europa centrale dall'XI al XVI secolo furono essenzialmente differenti da quelle dell'Italia nello stesso periodo: le rigide istituzioni feudali, la straordinaria importanza attribuita al suolo sotto questo regime politico, l'assoluta sovranità delle consuetudini legislative informata al carattere predominante del potere politico da cui quelle derivavano autorità di legge, la mancanza dello sviluppo commerciale e dei bisogni da esso derivanti, furono causa di molte e gravi conseguenze d'ordine politico e sociale; non è già nostro còmpito d'occuparci di tutte queste; una sola ne dobbiamo porre in rilievo ed è la stretta ed assoluta territorialità delle costumanze giuridiche, la quale non fu mai tanto rigida in Italia, appunto perchè qui mancarono quelle cause che la produssero nell'Europa centrale.

Tale territorialità feudale poi era tanto radicata nel pensiero e nei costumi di quei popoli che, quando al XVI secolo nuove influenze diminuirono l'importanza della terra e la società politica si trasformava e la dottrina giuridica della scuola italiana si diffondeva, questa fu incapace di farsi completamente accettare e non potè radicalmente mutare quel carattere territoriale del diritto tanto contrario allo spirito della teoria in Italia sorta. La lotta però fra il principio feudale

(1) Ibidem.

e la dottrina italiana non condusse alla vittoria completa, nè dell'uno nè dell'altra, ma modificò grandemente ambedue; la dottrina italiana subì l'influenza dell'ambiente in cui fu trasportata così che anche negli scritti dei successori francesi di Bartolo prese un carattere particolare improntato al principio dominante in Francia « les coutumes sont réelles » tanto che il principio della territorialità assoluta delle consuetudini comandava in Francia al XIII secolo anche la forma degli atti, e Masuer al XV secolo non s'inclinava su questo punto davanti all'autorità di Bartolo (1); la pratica francese alla sua volta fu profondamente modificata dalla dottrina italiana. — Fu da questo antagonismo fra la dottrina italiana e il principio feudale, rimasto quasi latente nelle opere di Pietro di Belle-Perche, del Fabre, del Chasseneuz, del Tiraqueau, apertamente dichiaratosi al XVI secolo, che derivò la dottrina francese.

Sarebbe varcare i limiti assegnati alla nostra ricerca il fare un profondo e completo esame dell'opera del d'Argentré, fondatore della scuola francese. Ci basterà accennare ai principii fondamentali della sua teoria per quanto possono interessare la questione della forma degli atti.

Il d'Argentré poste a base della sua dottrina le idee feudali, combattuta aspramente la scuola italiana, abbandonate le distinzioni fra sostanza e forma degli atti, fra i contratti, i delitti, le successioni, i testamenti, le persone e le cose, riaffermato che le leggi sono strettamente ed assolutamente territoriali e che solo eccezionalmente alcune hanno autorità estraterritoriale, fissata la distinzione fra statuto personale e reale, criticando acerbamente l'errore celebre falsamente a Bartolo attribuito su questo punto, diminuita grandemente l'importanza allo statuto personale dalla scuola italiana attribuito, formulò la sua teoria su queste tre proposizioni: tutti gli statuti sono o reali o personali: i primi formano la regola, i secondi l'eccezione: per essere personale uno statuto non deve nè riferirsi in qualche modo agl'immobili, nè limitarsi semplicemente a modificare la capacità delle persone su di un punto particolare (2). E lo sviluppo di questi principii condusse il d'Argentré ad una quasi completa e radicale modificazione della dottrina italiana anche relativamente alla questione della forma degli atti: il giureconsulto bretone non esprime vera-

(1) Vedere in proposito Lainé, *op. cit.*

(2) Ved. Duguit, *op. cit.*, pag. 36; Lainé, *op. cit.*, pag. 390.

mente in modo esplicito l'opinione sua circa alla forma degli atti: non afferma che un testamento debba rivestire le solennità prescritte dalla *lex rei sitae:* ma questa conclusione si deriva facilmente da tutta la sua dottrina e dalla massima che pone che la *lex rei sitae* si applica a ogni trasmissione d'immobili, aggiungendo, senza restrizione, che s'applica pure al testamento; Masuer poneva pure questa massima quantunque non accettasse così generalmente come il d'Argentré la territorialità della legge; Burgundio, come vedremo, non si tratterrà dal formulare chiaramente questa ultima conseguenza del sistema del suo maestro d'Argentré, dall'insegnamento di questo certo derivata.

13. Ma la dottrina del d'Argentré che rovesciando le conclusioni della scuola italiana portava una rivoluzione nel campo del conflitto di leggi non divenne, come si poteva prevedere, l'opinione generale in Francia: ebbe solo un successo tardo, incompleto, contestato; il Lainé, che con grande acume studiò lo svolgimento della teoria degli statuti, trova la ragione della fredda accoglienza ch'ebbe in Francia la dottrina del giurista bretone nelle condizioni del momento storico in cui essa si manifestò: la dottrina del d'Argentré fu in Francia un puro anacronismo, egli dice: i sentimenti di cui fu l'espressione non erano generali; v'erano bensì delle provincie, come la Bretagna, nelle quali il vivace ricordo della antica indipendenza faceva desiderare la conservazione dell'autonomia giuridica in tutta la sua pienezza; e v'erano dei giureconsulti che, come il d'Argentré, erano animati da questo desiderio: ma le une e gli altri erano in minoranza e di giorno in giorno diminuivano di numero, chè nata all'indomani della lotta vittoriosa del Dumoulin per l'unità del potere e del diritto, alla vigilia dei regni di Enrico IV e di Luigi XIV, studiata da giuristi per la maggior parte commentatori della *Coutume* di Parigi e naturalmente inclinati a considerare questa consuetudine come legge nazionale, era troppo discordante dalle idee predominanti in quei tempi: « en un mot, la doctrine de d'Argentré fut un fruit tardif de la féodalité, qui put bien naître des conceptions d' un homme de génie au moment où les coutumes venaient de s'affirmer, mais qui se serait desséché, perdu avec l'arbre qui le portait, si l'état politique et social avait été partout le même qu'en France » (1).

Certo è che i successori francesi del d'Argentré fino al principio del XVIII secolo sono seguaci della scuola italiana, modificata in

(1) Lainé, *op. cit.*, pag. 395.

parte bensì dall'ambiente in cui era stata trasportata: questa modificazione però non si fa sentire circa alla questione che ci occupa.

Renato Choppin sul quesito della validità del testamento fatto da uno straniero secondo le formalità del luogo di redazione, ne ammette la validità uniformandosi all'opinione del Dumoulin (1), e lo stesso affermano Luigi Charondas le Caron e Giuliano Brodeau tanto riguardo alle convenzioni che ai testamenti (2). Così Paolo Challine scriveva: « c'est une maxime constante que, *quantum ad decisoria*, s'il est question d'une action personnelle, il faut se régler suivant la loi du lieu où la convention a été faite » (3).

Giovanni Maria Ricard sul tema: « À quelles coutumes on doit avoir égard pour juger de la validité et de l'objet des donations entre vifs et testamentaires », scrive che circa alle solennità « il faut seulement avoir égard à la coutume du lieu où l'acte a été passé, et pourvu que les formalités prescrites par les loix de ce pays, quand même ce serait d'un Royaume étranger, ayent été observées, cet acte aura son effet partout, s'il n'y a pas d'empêchement que la formalité, bien que les coûtumes des lieux où le donateur a son domicile et ses biens désirent des formalités différentes ». E giustifica la regola l. r. a. circa agli atti solenni in un modo molto migliore di quanto oggi generalmente si faccia: « la solemnité des actes n'étant introduite que pour leur donner une forme certaine et qui puisse faire foi à l'égard du public; ce qui dépend de ceux entre les mains desquels l'acte est passé, dont l'autorité et l'exercice sont attachés aux lois de leur pays, parce que c'est à eux à certifier ceux des autres Provinces, où l'acte doit avoir son exécution, qu'il a été fait avec liberté et que les parties ont fait les dispositions de la sorte qu'elles y sont énoncées » (4).

---

(1) Duguit, *op. cit.*, pag. 36, nota 3.

(2) Lainé, *op. cit.*, pag. 348, 354.

(3) Challine, *Méthode gén. pour l'intell. des cout. de France*, pag. 273, in Lainé, *op. cit.*, pag. 83.

(4) Ricard, *Don mutuel*, pag. 79-91. Del resto il Ricard stabilendo la regola l. r. a., solo in riguardo al redattore dell'atto, è naturale che vi ponga una eccezione per il testamento olografo. « Le testateur, egli scrive, est le seul ministre de ces sortes de testaments, et le caractère qu'il a pour cet effet, étant attaché et inhérent à sa personne, il l'emprunte seulement à la coutume qui a empire sur lui qui est celle de son domicile, et comme c'est une faculté personnelle qui ne peut se détacher de lui, il la porte en quelque endroit qu'il aille; elle l'accompagne en quelque lieu qu'il se trouve ». *Du don mutuel*, n° 307, in Duguit, *op. cit.*, pag. 43, nota 1.

Basnage (1) e Filippo di Renusson (2) accettano pure la regola l. r. a., quest'ultimo giustificandola però in modo differente dal Ricard: se non si seguisse questa regola, egli scrive, « un même acte serait valable en partie, et ne serait pas valable en partie: l'acte est individu en la forme. D'ailleurs, il y auroit de l'inconvénient qu'une personne qui auroit des biens en différens lieux où il y auroit des lois et des coutumes différentes, fût obligée de faire autant de différens testaments qu'il y auroit de différentes coutumes où il auroit des biens situés, et qu'il fût assujetté aux différentes solemnités de chacune coutume. Ce serait une proposition qui résisterait à la raison et au bon sens ».

Taumas de la Taumassière (3) e Eusebio di Laurière (4) finalmente riaffermano anche una volta che gli atti devono rivestire le forme del luogo della loro redazione.

14. E come dagli scritti dei giuristi francesi, così anche dalle *coutumes* e dalle decisioni dei parlamenti, chiaramente appare come la regola l. r. a. fosse generalmente accettata.

Carlo VII nell'accordare alla città di Lione nel 1443 il privilegio di tre fiere franche stabilisce che i mercanti stranieri che vi morissero, trasmetteranno le loro successioni ai loro parenti e che i loro testamenti saranno eseguiti come se fossero morti regnicoli; Luigi XI con lettere patenti del 1462 concesse una quarta fiera franca a Lione e nell'art. 9 di quelle lettere patenti è detto che i mercanti stranieri potranno testare e disporre come loro meglio piacerà dei loro beni e che il loro testamento avrà effetto come se il testatore fosse morto nella sua patria (5). Tali leggi forse si informavano alla regola l. r. a.; per affermarlo tuttavia con sicurezza bisognerebbe conoscere le interpretazioni che ad esse erano date; se è però discutibile se in quel tempo o in quelle leggi fosse ammessa la nostra regola, non se ne può più dubitare per l'epoca immediatamente successiva. Loysel difatti nelle sue *Institutes Coutumières* pone bensì il solito

---

(1) Basnage, *Œuvres*, Tom. II, pag. 78.

(2) Renusson, *Traité de la commun.*, part. I, chap. XV, n. 37-40; *Traité du droit de garde*, chap. VI, n. 27.

(3) Thaumas de la Thaumassière, *Cout. gén. de Berry*, n. 28, 29, in Lainé, *op. cit.*, pag. 382.

(4) Laurière, nota a Loysel, *Institutes coutumières*, n. 302-3.

(5) Demangeat, *Hist. de la cond. civile des étrangers en France*, pag. 155 e seg., cit. in Lainé, *op. cit.*, part. II, chap. I, III.

principio « les coutumes sont réelles » e dice che « les dispositions prennent leur force par les coutumes des lieux où les choses sont assises », ma soggiunge tosto « il faut tester selon les formes du lieu où on teste » (1). E tutte le decisioni sono a questo principio informate: Choppin ci riferisce (2) che il Parlamento di Parigi, in una solenne decisione del 1566, decise che il testamento fatto da un individuo « passant pays » in un villaggio, era valido « encore que, par la coutume de son domicile, et de par l'assiette de ses biens, il soit requis de procéder à d'autres solemnités ». Decisione rimasta celebre e da cui non si allontanò più il Parlamento di Parigi, dichiarando pochi anni dopo che gli atti fatti nel Delfinato, secondo le solennità richieste dalla consuetudine del Delfinato, erano validi qualunque fosse la situazione dei beni (3); e il 14 agosto 1574 (4) che il testamento fatto a Parigi secondo la consuetudine locale aveva effetto anche sui beni posti in paese di diritto scritto. Poco dopo si discute la questione se per la decisione di una lite intentata da un inglese in Francia si deve per la decisione d'essa seguire le leggi o le consuetudini inglesi o le francesi e Brodeau ci riferisce (5): « la distinction qu'apportent tous les docteurs d'un commun accord est que, *quantum ad decisoria*, il faut juger selon les lois d'Angleterre, *secus quantum ad formas et litis ordinationem*, suivant la quelle distinction il a été jugée par deux arrêts, l'un donné aux Grands-Jours de Lyon, en 1596, confirmatif de la sentence du prévôt de Paris ». E così il Parlamento di Borgogna il 22 maggio 1597 (6).

Le discussioni cui la questione delle forme dava alle volte ancora origine a quel tempo ci sono riferite dal Brodeau stesso (7): si trattava in un certo caso di decidere della validità di un testamento fatto a Parigi davanti a due notai, secondo le prescrizioni del luogo, e che conteneva una istituzione universale: i beni del *de cujus* « consistaient en acquêts, situés en la coutume de Paris,

---

(1) Loysel, *Instit. coutum.*, liv. II, tit. IV, n 302, 303.

(2) Choppin, *Comment. sur la Cout. de Paris*, liv. II, tit. IV, n° 2.

(3) Ibidem.

(4) Renusson, *Traité de la Communauté*, chap. XV, n. 37-40.

(5) Brodeau, *Recueil d'arrêts de G. Louet*, let. C, som. XVII, n° 4, cit. in Lainé, *op. cit.*, loc. cit.

(6) Bouhier, *Cout. de Bourg.*, t. I, chap. XXVIII, n. 41-44, cit. in Duguit, *op. cit.*, chap. IV, sect. I.

(7) Brodeau, *op. cit.*, cit. in Lainé, *op. cit.*, part. II, chap. III, sect. III, II.

et en propres en la Sénéchaussée de Lyon ». Era valido questo testamento e aveva effetto su tutti i beni? « La raison de douter était grande, scrive Brodeau, car on disait que le testament se devoit nécessairement régler par la disposition coutumière de la Prevôté de Paris, domicile du testateur et où le testament avait été passé, ou bien par le Droit écrit, qui sert de Loi en Lyonnais, où les propres dudit testateur étoient assis. Si par le Droit écrit, le testament était notoirement nul, parce que les solemnitéz prescrites par le Droit et notamment par la Loi *hac consultissima Cod. de testam.* n'y avoient point été gardées. Si, au contraire, on regloit le testament suivant la coutume de Paris, l'institution d'héritier ne pouvoit valoir que pour les biens y situez, ou, en tout cas, que pour le quint des propres situez en Lyonnais; parce que la coutume défend la disposition des quatre quints des propres, qu'elle laisse et affecte aux héritiers du sang et de la ligne ». Il Parlamento di Parigi con sentenza del 7 settembre 1615 decise che il testamento era valido nella forma perchè fatto a Parigi con le solennità locali e gli diede piena esecuzione per ragioni che noi ora non interessano. E non solo relativamente al testamento era ammessa la regola l. r. a. dal Parlamento di Parigi, ma anche relativamente al matrimonio; con due sentenze del 26 marzo 1624 e del 28 giugno 1634 esso dichiarava validi due matrimoni contratti, il primo in Lorena, il secondo in Savoia, da francesi senza le formalità francesi (1).

La regola l. r. a. è consacrata anche dal Parlamento di Rouen il 9 agosto 1635 (2): e questa sentenza considerata assolutamente come fuori di discussione condusse il Parlamento stesso ad introdurre nella *coutume* di Normandia nel 1666 un articolo così concepito: « Tous actes faits, dans d'autres provinces, d'après les formalités requises, seront valables en Normandie » (3). Il Parlamento di Digione fa applicazione dello stesso principio decidendo il 1° febbraio 1667 che la donna deve fare la rinuncia alla comunità di beni fra coniugi, secondo le forme richieste dalla consuetudine del luogo dove essa la fa e che

---

(1) Bouhier, *op. cit.*, t. I, chap. xxviii, n. 64-65, cit. in Duguit, *op. cit.*, loc. cit. Anche il Boullenois ci riferisce che nel sec. XVII era stato riconosciuto in Francia valido un matrimonio celebrato in Inghilterra davanti ad un ministro protestante tra un francese cattolico ed una cattolica.

(2) Brillon, *Dict. des arrêts*, v. Testament, cit. in Duguit, *op. cit.*, loc. cit.

(3) Duguit, *op. cit.*, nota 2 e 3 a pag. 37.

non può farla in altro modo (1). La regola l. r. a. ha quindi assunto un carattere imperativo: questo risulta ancora più chiaramente che dalla sentenza del Parlamento di Digione da quella, rimasta celebre, del Parlamento di Parigi del 15 gennaio 1721: il signor de Pomereau, governatore di Douai e domiciliato a Parigi, aveva fatto a Douai un testamento secondo le forme della *coutume* di Parigi; il Parlamento dichiara il testamento nullo, perchè il testatore è obbligato a seguire le formalità prescritte dalla legge del luogo dove il testamento è fatto: notiamo poi essere questa la prima sentenza che formuli la regola con le parole l. r. a., o meglio che accenni all'uso comune di formulare la regola con quelle parole. La miglior prova poi della obbligatorietà del principio l. r. a. è, come giustamente dice il Duguit (2), quella che ci è data dalla lettera del 1° marzo 1704 di Luigi XIV al luogotenente generale Le Camus, con la quale ordinava che gli Inglesi venuti in Francia al seguito di Giacomo II fossero per un favore speciale « conservés dans leurs lois », che potessero disporre dei loro beni, quanto alla forma « comme ils le pratiquent en Angleterre » e che i testamenti in tal modo redatti fossero considerati in Francia come validi: se abbisognava un espresso ordine del re per permettere di testare agli stranieri secondo la loro legge personale, è chiaro che per generale principio si dovevano osservare le solennità della *lex loci actus*.

15. Mentre in Francia la dottrina del d'Argentré per le ragioni che abbiamo esposte trovava così fredda accoglienza tanto negli scritti dei giuristi, che nelle decisioni dei magistrati, essa veniva così favorevolmente accolta in Belgio ed in Olanda, da divenire, spogliata degli elementi che essa avea raccolti dalla scuola italiana, la dottrina olandese, pura applicazione delle idee feudali nei tempi moderni.

Del successo suo in Belgio ed in Olanda facilmente se ne può trovar la ragione quando si conoscano le condizioni nelle quali quei paesi si trovavano. Le idee feudali rimasero infatti in Belgio ed in Olanda vivissime sempre: noi non siamo mai stati una nazione come la Francia, dice il Laurent (3), le nostre provincie erano delle contee, dei ducati, dei marchesati, come i vassallaggi del medio evo. Anche quando il Belgio fu sottomesso alla dominazione della Spagna e del-

(1) Ibidem.
(2) Ibidem.
(3) Laurent, *op. cit.*, vol. I, n° 247.

l'Austria, il sovrano doveva farsi consacrare in ognuna delle nostre provincie e prestar giuramento di osservare le nostre franchigie e le nostre libertà. È questo il principio feudale e la realità del diritto vi è strettamente legata: da provincia a provincia si trattavano come stranieri ed anche oggi un fiammingo di Bruges non è ben sicuro di essere il fratello di un fiammingo di Gand: e lo stesso si dica dell'Olanda; anche qui le provincie tenevano altamente alle loro franchigie e libertà: quando si costituirono in repubblica ebbero cura di stipularne la conservazione; la loro repubblica si chiamò delle Provincie-unite, ciò è a dire che ciascuna intendeva rimanere signora nel suo territorio. Più gli Stati sono ristretti e più la sovranità è gelosa: ognuna delle provincie respingeva come nemica la *coutume* dell'altra. Conosciuta in un tale ambiente la dottrina del d'Argentré non poteva non incontrare la più favorevole accoglienza: « c'était bien là, en effet, le système de droit international privé qui convenait à des peuples chez qui dominait au plus haut degré l'esprit de féodale indépendance, à des provinces qui, dans leur rapports avec leurs souverains, voulaient maintenir leur autonomie, dans leurs rapports avec leurs soeurs du Nord étaient maintenant séparées et allaient se traiter réciproquement en nations étrangères, dans leurs rapports mutuels entendaient conserver une existence propre, dont les villes elles-mêmes visaient à garder dans le domaine du droit leur individualité. Dans un tel pays la base des règles concernant le conflit des lois ne pouvait être que la territorialité stricte et absolue. D'Argentré venait de proclamer ce principe; sa voix, demeurée en France sans écho, devait retentir en Flandre, en Brabant, en Hollande, comme si la Bretagne avait été le Hainaut » (1).

Ma la dottrina del d'Argentré, seguìta da tutti i giureconsulti dei Paesi Bassi, mentre da alcuni fu applicata a tutti i negozi giuridici, spingendo il suo principio informatore fino alle ultime conseguenze, e considerando perciò come regolati dalla *lex rei sitae* la capacità ed incapacità d'alienare, il regime matrimoniale, ecc., da altri invece non fu, fino a queste eccessive conclusioni, accettata. Da ciò ne venne quella incertezza che, circa alla determinazione dell'efficacia estraterritoriale della legge, si riscontra tanto nella dottrina degli scrittori olandesi, che nelle decisioni della magistratura di quel paese; incertezza che è manifesta nelle opinioni espresse circa alle solennità del

(1) Lainé, *op. cit.*, sect. III, III.

testamento e in generale circa alla forma degli atti in relazione coi beni immobili.

La massima della scuola italiana che il testamento deve rivestire le solennità del luogo in cui è redatto, sostenuta da Nicola Everard e da Pietro Peckius (1) prima che fosse conosciuta nei Paesi Bassi verso lo scorcio del secolo XVI la dottrina del d'Argentré, è ventidue anni dopo la morte di Peckius completamente abbandonata: il 12 luglio 1611 i giuristi olandesi fanno firmare ai loro principi l'Editto perpetuo, del quale l'art. 13 così stabilisce: « Si ès lieux de résidence des testateurs et de la situation de leurs biens y a diversité de coutumes pour regard des dispositions de dernière volonté, nous ordonnons qu'en tant que touche la qualité desdits biens, si on en peut disposer, en quel age et avec quelle *forme* et *solennité*, on suivra les coutumes et usances de ladite situation ». La dottrina del d'Argentré trionfava completamente. In conformità all'Editto, il Consiglio di Gueldria, il 2 aprile 1612, negava validità al testamento fatto in Amsterdam secondo le forme locali dal professore Antonio Thisius dell'Ateneo di Harderwyk, capoluogo della Gueldria (2).

Pochi anni dopo, una interpretazione autentica dell'articolo 13 dell'Editto perpetuo ristabilisce la vecchia regola l. r. a. Si trattava di un testamento fatto a Bruxelles nel 1619 davanti a un notaio e due testimoni da don Girolamo del Pozzo, milanese. A Milano, dove erano posti i beni, si contestò la validità del testamento fondandosi sull'articolo 13 dell'Editto, perchè questo diceva che si doveva osservare la forma del luogo in cui erano posti i beni ed a Milano lo statuto richiedeva la presenza di sette testimoni. L'attore sostenendo che a Milano non si comprendeva bene l'Editto, domandò un'interpretazione autentica dagli arciduchi Alberto ed Isabella che fu la seguente: « La disposizione dell'art. 13 non riguarda le forme esterne dei testamenti, le quali servono a stabilire la prova dell'atto e a render certa la volontà del testatore: essa non può aver applicazione che alle solennità riguardanti la sostanza delle disposizioni, senza le quali le *coutumes* non permettono di disporre » (3). L'interpretazione insomma faceva dire all'Editto il contrario di ciò che diceva realmente; come

---

(1) Everard, *Consilia*, Cons. lxxi, n° 9; Peckius, *De testam.*, lib. iii, cap. xvii, in Lainé, *op. cit.*, pag. 397.

(2) Hartogh, *op. cit.*, cap. vi.

(3) In Laurent, *op. cit.*, vol. I, n° 300.

giustamente osserva il Laurent, da questa interpretazione risulta la conseguenza assurda che una disposizione che avea per oggetto di determinare le condizioni richieste per la validità dei testamenti, avrebbe dimenticato di parlare delle formalità estrinseche. Non si può intendere questa interpretazione altro che come un'abrogazione della legge del 12 luglio 1611.

Tale interpretazione fu del 1634: il 25 marzo dello stesso anno il Consiglio di Frisia, *aequitate rei motus*, dice il Voet (1), ritenne valido un testamento fatto a Bois-le-Duc davanti a un parroco e due testimoni, quantunque disponesse di beni posti in Frisia dove era necessario far testamento davanti a sette testimoni. La regola l. r. a. è quindi nuovamente instaurata, e, presso a poco negli stessi anni, sostenuta da Grozio (2): « *omnem legem personae, rebus aut actui imponi*, egli scrive; *in actibus autem semper respici debere locum actus: quia hic effectus pendet a subjectione actuali non abituali* ». E più chiaramente nella *Epistola ad fratrem*: « *ubi de forma testamenti agitur, spectandum loci morem, in quo testamentum fit, recepta ab eruditis et usu omnium gentium confirmata sententia est. Item tale testamentum vim suam exserere ubique terrarum non minus constat: idemque servari etiam si advena in loco peregrinationis suae testatus fuerit* »: e finalmente nell'*Epistola* CCCCLXX: « *actus factus secundum formam loci vim suam per omnia loca extendit* » (3).

Differente opinione esprimeva il Bourgoingne (4) seguito dal Christynen: partendo dal principio che: « *Bona homini sanguis et anima sunt, quae si non habet tanquam mortuus inter vivos ambulat: bona personam non sequuntur, sed personas ipsas ad se trahunt* » dichiara esser reale ogni legge che direttamente o indirettamente si riferisce all'alienazione od all'acquisto degl'immobili e logicamente applica il suo principio alla forma dei testamenti perchè « *solemnitates testamenti sunt quaedam qualitas bonis ipsis impressa* ». Il Christynen (5) accetta completamente le conclusioni del Bourgoingne ammettendo solo, come questi, la regola l. r. a. per i testamenti che dispongono di cose mobili.

(1) Voet J., *Comment. ad Pandectas*, lib. I, tit. V, Part. II, n° 13.
(2) Grotii, *Consultationes*, vol. III, cons. 341, in Hartogh, *op. cit.*, cap. II, § 7.
(3) Grotii, *Epistolarum Collectio*, append. Epist. 464.
(4) Burgundius, *Ad Consuet. Flandriae*, Tract. I-VII.
(5) Christinaei, *In leg. municip. Mechlinienses*, in Lainé, *op. cit.*, pag. 403.

« *Contra juris rationem* », dice Giovanni da Sand (1), il Bourgoingne e il Christynen parlarono intorno alla questione della forma dei testamenti: egli invece riferisce e loda la sentenza del 25 marzo 1634 conforme alla regola l. r. a. La quale ad onta della grande autorità del Bourgoingne è sostenuta e difesa dal Rodemburg (2), dal Vinnio, dallo Stockmans (3): questi giuristi per quanto seguaci della teoria della stretta territorialità, non la vogliono, tuttavia, applicata alla forma degli atti: risentono in questo punto grandemente l'influenza della scuola italiana. Notevole è ciò che scrive Vinnio, perchè egli pure ammettendo, per ragioni di necessità, che gli atti debbano esser fatti secondo la forma del luogo di redazione, sostiene questa regola non essere contraria alla territorialità degli statuti che egli vuole rigidamente applicata (4): « *Contractos et caeteros actus celebratos in loco statuti*, egli scrive, *secundum formam a statuentibus praescriptam*, *ubique vim habere constat: nemo tamen est*, *qui ex eo colligit*, *tale statutum egredi jurisdictionem statuentium: quia quod alibi quoque hujusmodi actus valeant*, *non nisi ex consequentia quadam fit*, *non autem directa vi ipsius statuti*, *quod tantum disponit de eo quod ad jurisdictionem statuentium pertinet* ».

Fra i sostenitori della regola l. r. a. si possono ancora annoverare gli scrittori olandesi Schultingius, Simone van Leeuwen e Abramo van Wesel, fra gli avversari il Tuldeno (5).

16. Tutti questi giuristi dei Paesi Bassi se preparano la via alla formazione della scuola olandese, non se ne possono tuttavia affermare i fondatori. È con Paolo Voet e col figlio suo Giovanni, è con l'Huber che si stabilisce quella dottrina, la quale, sostenendo la rigida territorialità, questa modera solo per la *comitas gentium;* quella dottrina che tanto seguito ha anche ai nostri giorni in quegli Stati dove il regime feudale non del tutto è scomparso come base fondamentale del giuridico ordinamento.

« Nessun statuto, di qualunque natura sia, si estende nè direttamente nè indirettamente fuori del proprio territorio », è il principio da cui parte Paolo Voet (6); solamente dopo averlo esteso sino alle

(1) Joannis a Sande, *Opera juridica*, in Lainé, loc. cit.

(2) Rodemburgii, *Tractatus de jure coniugum*, in Lainé, loc. cit.

(3) Stochmans, *Decisiones Curiae Brabantiae*, Dec. ix.

(4) Vinnii, *Select. juris quest.*, lib. ii, cap. xix.

(5) In Hartogh, *op. cit.*, cap. ii e vi.

(6) Voet P., *De stat. eorumque concursu*, sect. iv, cap. ii, 2, e sect. ix, cap. ii.

ultime conseguenze, soggiunge: « *Denique nonnumquam, dum populus vicinus vicini mores comiter vult observare, et ne multa bene gesta turbarentur, de moribus, statuta territorium statuentis, inspecto effectu, solent egredi* ». Così appare, la prima volta, nella teoria del conflitto delle leggi quell'elemento antigiuridico per eccellenza della *comitas gentium* cui vedremo ricorrere anche ai nostri giorni tanti giuristi per giustificare la regola l. r. a. È questo elemento che fa a Paolo Voet distinguere dagli statuti personali e reali, gli statuti misti che sono quelli i quali non dispongono « *principaliter de re vel de persona, verum de modo vel solemnitate, in omnibus negotiis et causis* », ed estendono la loro efficacia in parte dentro in parte fuori del territorio: dentro, in quanto obbligano tutti, « *sive incolas, sive forenses, ibi contendentes vel aliquid agentes* »; fuori, in quanto si estendono a tutti i beni dovunque siano posti. Il Voet applicando poi il principio da cui parte e la distinzione degli statuti alla forma del testamento, afferma che questo avrà effetto su tutti i beni dovunque posti se il testatore l'avrà fatto nel luogo del suo domicilio con le forme locali, che se il forese fa testamento nel luogo dove è ospitato, *potrà* validamente farlo con le solennità locali, quantunque esso non sia strettamente obbligato a seguirle, che finalmente sarà invalido il testamento fatto all'estero « *in fraudem statuti domicilii testatoris* ». E lo stesso dice dei contratti. Giovanni Voet prende le mosse dalla dottrina del padre: fa anch'egli la distinzione degli statuti in personali, reali e misti, la quale è priva di qualsiasi importanza pratica, perchè lo statuto personale non può avere per sè stesso, nel sistema di Giovanni Voet, nessun effetto fuori del territorio, e stabilisce che nessun legislatore è obbligato a riconoscere la forza obbligatoria delle leggi straniere. Quando parla degli statuti misti pone questa massima (1): « *si jus summum magistratuum cujusque regionis investigemus, obstrictus nemo erit, ut quantum ad bona, in suo sita territorio, ratas habeat dispositiones aliis in locis celebratas, solemnitatibus adhibitis ex lege loci, in quo negotium gestum est, neglectis illis, quas rei sitae statuta postulabant* ». È assurdo pensare il contrario, dice Giovanni Voet: difatti, in Frisia il testamento deve esser fatto davanti a sette testimoni, in Olanda davanti a due ed un notaio: se un frisio fa testamento in Olanda, con le forme del luogo, come si può concepire che il magi-

(1) Voet J., *Comment. ad Pand.*, lib. I, tit. V, n[i] 10, 13, 14, 15, lib. V, tit. I, n° 51, lib. XXVIII, tit. I, n° 27.

strato della Frisia riconosca valido e avente effetto sui beni frisi un testamento fatto davanti a un notaio e due testimoni, quando egli deve dichiarar nullo un testamento fatto in Frisia davanti a tre o quattro testimoni da lui personalmente conosciuti o noti a tutti come « *spectatae auctoritatis, prudentiae, probitatis, fideique viri?* » Quale è la ragione di giustizia e di equità che può obbligare il giudice frisio a prestar fede a tre olandesi quando egli nè può nè vuole prestar fede ad un egual numero di propri concittadini a lui noti come integerrimi uomini? « *Quis non durum judicaverit et iniquum et malignum de propriis civibus fovere judicium, de aliis nec sito locorum nec genio longe diversis, nec candore probatis, bene credere, plenam his fidem adhibere, quia sic voluit, sic judicavit judex loci, in quo voluntatem supremam testator dictavit?* ». Posto come un assioma il principio della rigida territorialità, tali conclusioni che il Voet ne trae, sono logiche: dal momento che egli stabilisce che un legislatore può negar valore a qualsiasi disposizione fatta fuori del suo territorio delle cose poste in questo, *a fortiori* deve il Voet riconoscere nel legislatore il diritto di non dare effetto ad un atto che riveste solennità differenti da quelle ch'esso stabilì. Nè basta a rimuovere il Voet da questa opinione, l'autorità di tanti scrittori che professano l'opposta e la conseguenza logica che deriva dal negare la regola l. r. a., quella cioè di obbligare un testatore a far tanti testamenti quanti sono i territori nei quali i suoi beni sono posti.

Ma, stabilito così quale sia il *summum jus*, il Voet facilmente riconosce i gravi inconvenienti che ne possono derivare: così non solo gli individui che hanno beni in differenti paesi si troveranno nell'imbarazzo e nella difficoltà di redigere tanti testamenti e contratti quanti sono i loro immobili posti sotto l'impero di differenti leggi o di osservare in un contratto e in un testamento tutte le diverse solennità prescritte nei diversi luoghi dove i loro beni si trovano, ma uno che si trovi all'estero, colpito da grave malattia, può trovarsi nella impossibilità di osservare le forme richieste pel testamento dalla legge del luogo di domicilio o da quella della situazione dei beni, ma gli atti fatti in buona fede saranno spesso annullati, ma la maggior parte degli uomini si troverà nella impossibilità di conoscere le diverse solennità richieste. Perciò la *comitas gentium* (o meglio l'interesse il quale è il vero movente, quantunque non confessato dal Voet, da lui nascosto sotto il nome di cortesia) consiglia di ammettere, come deroga al *summum jus*, la regola l. r. a. seguìta per secolar consuetudine da tanti, il qual uso

può essere calcolato come una convenzione tacita intervenuta fra i popoli a ciò consigliati dalla reciproca cortesia. Ma è sempre per *comitas* che si riconosce validità a un atto fatto all'estero con le forme locali, mai per un principio di diritto: il giudice non sarà mai *obbligato* a riconoscere questa validità, così che p. es. se un individuo si trova all'estero e fa testamento, non già secondo le forme del luogo, ma secondo quelle del suo domicilio o della situazione de' suoi beni, egli farà atto validissimo di fronte a qualsiasi legge. La regola l. r. a. insomma è facoltativa, non già obbligatoria. Il Voet, naturalmente, non accorda nessuna validità agli atti fatti *in fraudem legis* all'estero secondo le forme della *lex loci actus*, « *cum indignus videatur ullo beneficio et comitate, qui domicilii jura consulto ac fraudolenter sprevit, circumvenit, elusit* ». Tale è la dottrina di Giovanni Voet che è seguìta e più precisamente formulata da Ulrico Huber. Tre assiomi, pone questi, dai quali deriva tutte le sue antigiuridiche conclusioni relative al conflitto di leggi (1). I. Le leggi non hanno autorità che dentro al territorio in cui imperano. II. Soggetti a queste leggi sono tutti coloro che si trovano su quel territorio, anche accidentalmente e per breve tempo. III. I magistrati per cortesia ammettono che i diritti di ogni popolo esercitati nel suo proprio territorio « *teneant ubique suam vim* » per quanto però non pregiudichino « *potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium* ».

« *Inde fluit haec positio* », che riportiamo con le parole sue stesse perchè tutta la sua teoria sulla forma vi è chiaramente esposta e ciò ci dispensa dal seguirlo nei molti esempi che dà: « *Cuncta negotia et acta tam in judicio quam extra judicium, seu mortis causa sive inter vivos, secundum jus certi loci rite celebrata valent, etiam ubi diversa juris observatio viget ac ubi sit inita, quemadmodum facta sunt, non valerent. E contra, negotia et acta certo loco contra leges ejus loci celebrata, cum sint ab initio invalida, nusquam valere possunt; idque non modo respectu hominum qui in loco contractus habent domicilium, sed et illorum qui ad tempus ibidem commorantur. Sub hac tamen exceptione: si rectores alterius populi exinde notabili incommodo afficerentur, ut hi talibus actis atque negotiis usum effectumque dare non teneantur, secundum tertii axiomatis limitationem* ».

Così la scuola olandese ricondusse, circa alla questione della forma degli atti, la scienza e la pratica alla medesima dottrina sancita dal-

(1) Huberi, *De conflictu legum*, § ii, iii.

l'Editto perpetuo e che l'interpretazione autentica del 1634 per una tarda influenza della scuola italiana, avea condannata. Assoluta e rigida è la territorialità; un principio non giuridico, fondato sul falso, la *comitas* consigliata dall'interesse solo vi pone qualche eccezione. L'ultimo commentatore dell'Editto perpetuo nel 1792, all'art. 13 scrive: il testamento autentico si fa secondo le forme del luogo dove l'atto è redatto: ma se la *coutume* di questo luogo e quella della situazione dei beni regolano differentemente le formalità del testamento non si seguono più le forme del luogo dove è redatto, ma bensì quelle del luogo dove i beni son posti.

17. Negli scrittori germanici che trattano le questioni dei conflitti di leggi statutarie si può riscontrare l'influenza prima della scuola italiana, poi della dottrina del d'Argentré: limitatissima fu l'influenza in Germania esercitata dalla teoria della *comitas*.

Mysinger e Gaill si uniformano ai principii della scuola italiana modificati però ne' loro scritti dalla sovranità feudale delle consuetudini: questa tuttavia non riuscì a far abbandonare in Germania nella dottrina e nella giurisprudenza la regola l. r. a. dalle opere di Bartolo e de' suoi successori derivata. Che la Camera imperiale (Reichskammergericht) applicasse quel principio sino dalla metà del XVI secolo ci è riferito dal Mysinger (1): « *An statutum*, egli scrive, *quod numerum testium in testamentis requisitum minuit, extendit etiam suas vires ad bona extra territorium sita? Et varie respondisse D.D. refert Spec. in tit. de instr. edit. Verum receptior opinio est, etiam in judicando in Camera obtenta, tale statutum produci quoque extra territorium, quoad hoc, ut in bonis ubique etiam extra territorium sitis tale testamentum valeat ratumque sit; ut haeres succedere possit in omnibus bonis ubicumque sitis et in universum jus testatoris* ». E lo stesso afferma Andrea Gaill (2). Mevio, Lauterbach, Ziegler, Hartleben, i due Coccei risentono l'influenza della dottrina del d'Argentré: chè pur tutti ammettendo la regola l. r. a. ne costringono l'applicazione ai contratti come lo Hartleben (3) ed Enrico Cocceio (4), o solo agli atti relativi ai beni mobili come Samuele Cocceio (5), o lasciano libertà al testatore

(1) Mysingeri, *Singular. Observat.*, cent. v, cap. xx.

(2) Gaill, *Practica. Observat.*, lib. ii, observ. cxxiii.

(3) Hartleben, *Meditact. ad Pand.*, vol. I, part. i, spec. ix, med. v, in Zachariae, *op. cit.*, § 6.

(4) Cocceji H., *Exercitationes curiosae*, tit. v, § 5, in Zachariae, loc. cit.

(5) Cocceji S., *Jure civ. Contror.*, tit. i, lib. ii, quest. 23.

di far testamento anche con le forme della situazione delle cose come lo Ziegler (1), o lodano, come il Mevio (2), le disposizioni delle consuetudini di Lubecca le quali riconoscevano la regola solo nei casi di grave malattia del testatore e di morte in paese straniero purchè però mancasse sempre l'intenzione di portar pregiudizio agli eredi naturali.

La teoria della *comitas* che sembra aver inspirato quelle disposizioni del *jus Lubecense* è vivamente combattuta dall'Erzio nel suo ammirabile trattato *De collisione legum positivarum inter se.* Riferiti gli assiomi dello Huber e i corollari da essi derivati, molto giustamente l'Erzio ne fa notare l'assenza di un concetto giuridico e domanda (3): « *tum si sola populorum conniventia id niti dicamus, quae juris erit efficacia?* » Egli pone invece la regola: « *Si lex actui formam dat, inspiciendus est locus actus, non domicilii, non rei sitae* » dandole per fondamento l'idea che lo straniero che fa un atto è soggetto alla legge del luogo dove fa l'atto, ne è *subditus temporarius* « *Summis subiiciuntur potestatibus ratione actuum cujusque generis personae, etiam advenae sive exteri, vel transeuntes vel negotiorum suorum causa ad tempus in civitate commorantes* ».

È inutile seguir l'Erzio nelle molte applicazioni pratiche sue della regola l. r. a.; basti accennare alle eccezioni che vi pone. « *Haec regula non valet; si exterus ob certam aliquam juxtamque caussam legi civili populi apud quem moratur non sit obstrictus, ut Legati eorumque comites; si forma illa alterius civitatis publico juri adversetur, v. g. si privilegium tribuat; si lex non tantum de solemnibus, sed etiam de rebus, quae in actu deducuntur, principaliter disponit; si exterus ignoravit statutum; si lex formam actui imprimens privilegii loco data sit civibus; si actus a solo agente dependeat, v. g. testamentum, et hic sit exterus: vel si actus inter duos celebretur, v. g. pactum, et uterque paciscens sit exterus et unius civitatis cives* ».

18. Un'ultima dottrina ci resta finalmente ad esaminare: quella degli statutari francesi che precedettero immediatamente la rivoluzione; dottrina che si può dire inaugurata dal Boullenois con la pubblicazione nel 1727 del suo scritto « Des statuts personnels réels et mixtes » e che dev'essere affatto distinta da quella degli scrittori francesi anteriori a quell'epoca (e della quale già abbiamo parlato)

(1) Ziegler, cit. in Hartogh, *op. cit.*, loc. cit.

(2) Mevii, *Ad jus lubecense*, lib. II, tit. I, n° 16, in Foelix, *op. cit.*, lib. II, tit. I, chap. I.

(3) Hertii, *De Collisione Legum*, § IV, VII, X, XXIII, XXVI, LIX.

perchè l'una deriva i suoi principii dal sistema del d'Argentré, l'altra dalle idee della scuola italiana rispecchiate nell'opera del Dumoulin.

Quando nel 1717 nella biblioteca dell'avvocato de Riparfont cominciarono ad adunarsi i migliori giuristi di Parigi a discutere, fra le altre, le questioni « que les différentes dispositions des Coutumes rendaient équivoques et difficiles à décider » (1) quegli avvocati provarono in parte l'influenza della scuola italiana che avea regnato in Francia sino al loro tempo, ed a cui anche allora si uniformavano i giudicati dei Parlamenti, in parte l'influenza della dottrina dél d'Argentré che ad essi veniva dagli scritti di molti giureconsulti dei Paesi Bassi, in parte infine l'influenza della scuola olandese dei Voet e dello Huber.

Il principio tradizionale « les coutumes sont réelles » è quello che viene accettato come punto di partenza: ma la teoria del d'Argentré che quel principio rigidamente applicava è temperata e dalle idee del Dumoulin e dai limiti arbitrari di Giovanni Voet: le prime fanno dubitare p. es. il Bouhier se la massima della realità delle *coutumes* non sia un « ancien prejugé enraciné dans les esprits des practiciens » gli altri facevano accettare al Boullenois la teoria della *comitas* contemperata però da un elemento morale (2).

Il Froland, il Boullenois, il Bouhier, il Prévôt de la Jannés e gli altri giuristi loro contemporanei non seguirono quindi la teoria del d'Argentré sino al punto di negare la regola l. r. a. o almeno la ammisero come Giovanni Voet, in quanto una deroga al *summum jus*.

« L'acte juridique est un enfant citoyen du lieu où il est né, et qui doit être vêtu à la manière du pays » dice Boullenois (3) e determina la sfera d'azione della regola l. r. a. alle forme « qui servent à établir

(1) FROLAND, cit. in LAINÉ, *op. cit.*, pag. 414.

(2) Il Boullenois in vero scrive di raffigurarsi tutte le diverse leggi che regnano fra le nazioni come dei padroni e dei sovrani dei quali non doveva ferire l'autorità. Ma considerava anche il mondo come una grande repubblica nella quale bisognava mettere la pace e la buona armonia. Perciò fu indispensabile che le leggi e le consuetudini delle varie nazioni si soccorressero reciprocamente per il bene di quella comunicazione che Dio ha stabilito fra di loro. — Come giustamente osserva il CATELLANI (*Il dir. int. privato*, vol. I, cap. II, 44) questa è ancora la *comitas:* non si può dire d'esser davanti ancora ad un elemento esclusivamente giuridico, ma il criterio esclusivamente utilitario è stato ormai sostituito dal Boullenois con un elemento morale.

(3) BOULLENOIS, *Traité de la réalité*, tom. I, pag. 493, in DUGUIT, pag. 39, nota 1.

la certitude et l'authenticité de l'acte, comme la qualité, le nombre des témoins, le nombre des notaires ».

La giustificazione della regola ci è data dal Bouhier (1): « la raison en est que comme il faudrait, en cas qu'il (l'autore dell'atto) y plaidât, qu'il y suivît les formes judiciaires usitées en ce lieu, il est en quelque manière obligé de suivre en son acte le style ordinaire du notaire, dont il est nécessité de se servir. Ce notaire serait même souvent fort embarassé, s'il lui fallait suivre les formalités d'une autre coutume qui lui est inconnue ». Si discute ancora se lo statuto delle forme è uno statuto personale o reale. Al Boullenois sembra difficile di considerare le leggi relative alla forma degli atti come leggi reali (2), Bouhier e Prévôt de la Jannés le considerano come personali, ma non già nel senso che alle parole — leggi personali — si dà oggidì, bensì personali in relazione alla persona che redige l'atto: scrive il Bouhier (3): « tout statut qui concerne les formalités extrinséques de l'acte est personnel: en sorte que quand l'acte est passé dans les formes usitées dans le lieu où il est rédigé, il a partout son exécution. Je m'étonne qui on n'ait pas pris garde que la forme des actes est attachée, non à la

(1) Bouhier, *op. cit.*, chap. xxviii, n° 9.

(2) Boullenois, *op. cit.*, tom. I, pag. 197.

(3) Bouhier, *op. cit.*, chap. xxiii, n. 81, 87. In altro punto (chap. xxviii, n. 13, 14) il Bouhier ripete più chiaramente ancora il suo concetto: « L'effet des lois de forme qui est de s'étendre partout, aurait dû faire entrevoir leur personnalité. Mais ce qui a empêché tout ceux qui ont écrit sur cette matière, c'est qu'ils ont jugé par rapport aux parties contractantes, au lieu qu'ils devaient prendre garde, que c'est moins par rapport à elles qu'ont été faits ces statuts, que par rapport aux officiers préposés pour dresser ces actes. Ce sont eux et leurs devoirs qu'elles regardent, et c'est par rapport à eux qu'elles sont personnelles. Car comme la capacité des contractants dépend de la loi de leur domicile, la forme des actes et leur authenticité doit dépendre de la loi de ceux qui les dressent, puisque ce sont eux qui en sont les maîtres en quelque manière, et qui sont obligés de suivre la loi du lieu de leur résidence ». E Prévôt de la Jannés (*Discours sur la distinction des stat.*, n° 13, *Princ. de la jurispr. franc.*, tom. I, pag. 69, in Duguit, pag. 41): « Les statuts qui règlent la manière en laquelle les officiers publics doivent certifier la vérité de l'acte n'ont pour but que de lui donner une forme qui puisse faire foi à l'égard du public, ce qui dépend naturellement de ceux, entre les mains desquels l'acte est passé, dont l'autorité et l'exercice sont attachés aux lois de leurs pays ». Pothier (*Cout. d'Orléans*, Int. gén., n° 25) fa un'altra distinzione degli statuti delle forme, ma la sua opinione espressa incidentalmente non può prevalere contro l'opinione generale del suo tempo.

personne de celui qui la passe, mais à celle de l'officier qui est chargé de le rédiger, car c'est lui qui est le maître de la forme ». Da queste premesse è facile derivare il corollario che la regola l. r. a. sarà applicata solo agli atti per scrittura pubblica, non a quelli per scrittura privata, poichè per questi il redattore, non essendo più il pubblico ufficiale ma il privato egli seguirà la legge sua, non quella del luogo in cui si trova: Prévôt de la Jannés esprime del resto formalmente questa idea: le leggi, egli dice, che regolano la forma degli atti per scrittura privata formano sempre degli statuti personali « de sorte qu'il ne s'agit que d'appliquer ici les règles établies pour les statuts personnels » (1). Altro corollario da quelle premesse è che la regola l. r. a., secondo i giuristi francesi del secolo scorso, è imperativa per gli atti pubblici. In conformità a questi concetti il Froland, il Boullenois e gli altri la applicano concordemente al matrimonio, ai contratti, ai testamenti pubblici. Circa al testamento olografo poi sono concordi nell'ammettere che il testatore non solo può ma deve fare il proprio testamento olografo secondo la forma della legge sua personale, non secondo la *lex loci actus:* questa esclusione assoluta della regola l. r. a. è una conseguenza del fondamento ch'essi vi davano.

Le eccezioni finalmente che erano poste alla regola dai francesi del secolo scorso sono:

1º L'atto pubblico fatto secondo la *lex loci actus* non ha effetto sugli immobili posti in un tal sito di cui la legge esiga qualche speciale formalità interessante l'organizzazione della proprietà, e non può aver esecuzione in un luogo di cui la legge prescriva qualche formalità speciale, stabilita nell'interesse dei terzi.

2º La regola non ha valore quando i tribunali riconoscano che le parti andarono all'estero per far l'atto *in fraudem legis.*

Tale a brevi tratti è la dottrina, relativamente alla nostra regola seguìta dai giureconsulti francesi che prepararono la via alla redazione del Codice civile: con l'esposizione di questa dottrina abbiamo finito di studiare l'origine della regola l. r. a. e gli svolgimenti ch'essa ebbe nelle varie epoche e dai vari scrittori.

Sconosciuta al diritto romano, ai diritti barbarici, al canonico, essa nasce in Italia nelle opere dei commentatori: per quanto rifiutata dal d'Argentré, ammessa solo per una considerazione d'utilità dal Voet, per quanto variamente intesa, differentemente applicata, con criteri

(1) Prévôt de la Jannés, *op. cit.*, loc. cit.

diversi e contrari giustificata, essa non mancava di divenire ben presto un principio di diritto comune: intorno al quale però vedremo anche ai nostri giorni regnare nella dottrina, nella giurisprudenza, nelle legislazioni, l'incertezza dei tempi passati. È specialmente per questo che abbiamo cercato di seguire accuratamente lo svolgimento della nostra regola nelle diverse dottrine. Se ci fosse poi osservato che troppo lungamente ci siamo in questo studio intrattenuti, potremmo rispondere con le parole del Laurent (1): « La tradition joue un grand rôle dans notre science, et il s'agit d'un principe traditionnel. Si la tradition est une grande force quand elle vient à l'appui des vrais principes, par contre, c'est une cause de faiblesse, quand elle-même s'est trompée. Il faut alors répudier le passé et ses inévitables erreurs. De cette manière, l'histoire éclaire toujours, tantôt en nous affermissant dans le chemin de la vérité, tantôt en nous signalant les erreurs dans lesquelles sont tombés ceux qui, les premiers, ont ouvert la voie ».

(1) Laurent, *op. cit.*, vol. I, n° 235.

CAPITOLO II.

Ricerche intorno al fondamento giuridico della regola *LOCUS REGIT ACTUM*

1. La formola *l. r. a.* — 2. Scrittori che non ammettono la regola *l. r. a.* — 3. Giustificazioni date ad essa. — La necessità e l'utilità. — 4. La teoria degli statuti. — 5. Relazione dell'atto col luogo dov'è compiuto. — 6. La teoria dei *subjecti temporanei*. — 7. La presunzione di volontà. — 8. La teoria dei diritti legittimamente acquistati. — 9. L'ordine pubblico. — 10. La consuetudine. — 11. Conclusione.

1. Mentre ne' secoli scorsi, come abbiamo cercato di dimostrare nel precedente capitolo, non sempre fu ammessa nella dottrina e nella giurisprudenza la regola *l. r. a.*, oggi invece si può affermare essere *communis opinio* quella che la vuole, in tesi generale, sempre applicata. Vedremo in seguito, nell'esame delle speciali questioni, come questo accordo vada scemando nell'applicazione della regola, ma certo è che nell'accettare il principio unanimi sono gli scrittori o quasi. Basta per persuadersene vedere la lunga enumerazione di giuristi che quel principio accolgono fatta dal Bar (1), dal Foelix (2), dallo Zachariae (3), dallo Story (4), dal Wharton (5) e da altri ancora.

Non tutti però sono concordi nell'accordare a quella formula l'identica portata e mentre la maggioranza con essa intende semplicemente affermare che la legge del luogo dove un atto si fa ne regge la forma, non mancano scrittori e giudicati i quali col broccardo *l. r. a.* vogliono significare che non solo gli elementi di validità estrinseci di un atto sono retti dalla *lex loci actus*, ma che a questa sono soggetti o per principio generale o in casi speciali anche alcuni o tutti gli elementi intrinseci di validità (6). Non è inutile dire che a

(1) Bar, *D. intern. privat. und Strafr.*, § 35, nota 2 e *Theorie und Praxis*, n° 117, note.

(2) Foelix, *op. cit.*, liv. II, tit. I, chap. I, n° 74.

(3) Zachariae, *op. cit.*, § 6, note.

(4) Story, *Comment. on the confl.*, chap. VIII, § 260, note.

(5) Wharton, *A treatise*, § 676.

(6) La formola *l. r. a.* è specialmente adoperata in questo senso dai magistrati inglesi e americani e dagli scrittori che sostengono la dottrina anglo-

quella vecchia formula dò solo il più ristretto significato intendendo con essa di dire che le forme degli atti sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti (1) e non già di affermare che la sostanza di un atto e anche la capacità delle parti possano o debbano essere soggette alla medesima *lex loci actus*. Ben è vero che data la formulazione di quel principio con le parole *l. r. a.* più logica ne sarebbe la interpretazione estensiva che la restrittiva essendo che la parola *actus* comprenda l'atto giuridico nel suo complesso, forma e sostanza, tanto che alcuni pensarono di modificarla in senso più esatto proponendo la formula *locus regis solemnitatem* o *solemnitates*, ed altri *locus actus regit instrumentum* (2). Dato che fosse utile e si volesse introdurre maggiore esattezza in quella formula non mi parrebbe di dover accogliere nè l'una nè l'altra modificazione; non la prima perchè con la parola *solemnitas* o *solemnitates* pare s'abbia riguardo solo agli atti solenni e non a tutti gli altri, non la seconda, perchè con la parola *instrumentum* sembra si voglia riferirsi solo agli atti rogati da un pubblico ufficiale o al più a tutti gli atti scritti e non a quelli, e sono molti, per la validità de' quali nessuna privata o pubblica scrittura è necessaria. Direi piuttosto: *locus regit actum quoad formam* o con lo Schaeffner (3): *locus quoad formam negotii regit actum*. Non mi sembra però necessario e neppure opportuno abbandonare la vecchia formola: prima, perchè poco importa una espressione piuttosto che un'altra quando chiara ed esatta sia l'idea che è convenuto esprima, poi perchè l'uso quasi generale ha fatto accettare il broccardo *l. r. a.* nel suo significato ristretto.

americana della territorialità. Anche HAUSS (*Dr. privé d. étrang. en Belg.*, part. II, chap. I, sect. IV, n° 83) parla del senso lato e ristretto della regola e ammette che in senso lato comprenda forma e sostanza. Ved. del resto circa alle più o meno larghe interpretazioni ed alla reale portata della formola le ricerche dello HAUSS (*De princ. a quibus pendet, etc.*), dello HEINK (*De regula iuris l. r. a.*), dell'ELLERMAN (*Locus regit actum*) e recentemente del MANKIEWICZ (*U. d. Bedeut. des Satzses l. r. a.*).

(1) Come bene il lettore avrà osservato anche nel primo capitolo ho studiato l'origine e lo svolgimento storico della regola *l. r. a.* solo in quanto è stata applicata alla forma degli atti e non anche alla sostanza.

(2) PICARD, *De la val. et des effects des actes*, sect. I, § 13, *J. D. I. P.*, 1881, pag. 464; *Pand. Belges*, vol. V, col. 986, voce *Acte passé en pays étrang.*; VINCENT-PENAUD, *Dictionn. Forme des actes*, § 1, n° 1.

(3) SCHAEFFNER, *Entwick.*, § 78.

2. In tal modo intesa, la regola *l. r. a.* è, come ho detto, generalmente ammessa. Non mancano tuttavia anche fra i giuristi del tempo nostro gli avversari d'essa.

Per la forma e per la sostanza devono essere, secondo l'Eichorn (1), conformi alla legge del domicilio della persona gli atti di questa che riguardano il suo patrimonio e che devono aver esecuzione in quel domicilio: il principio del diritto romano, *contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret se obligavit* deve essere applicato agli atti in modo assoluto, senza distinzione fra gli elementi di validità estrinseci e gli intrinseci. Il principio che lo straniero suddito temporaneo dello Stato in cui si trova è soggetto alla legge d'esso Stato, principio che potrebbe condurre ad una conclusione differente dalla mia, dice l'Eichorn, non può produrre l'obbligo della osservanza della legge del luogo nel quale lo straniero compie l'atto, altro che per quegli atti che devono valere anche in quel luogo o per quelli che devono essere redatti da un pubblico ufficiale; al contrario la volontaria sottomissione ad un'altra legge presuppone sempre la volontà espressamente dichiarata e questa eccezione non potrebbe annullare la suddetta regola contraria. Il principio *l. r. a.*, non ha quindi, afferma l'Eichorn, nella estensione che ordinariamente gli si dà, nessuna sufficiente giustificazione; le applicazioni sue solo alla forma dell'atto e l'interpretazione da alcuni ad esso data, di riferirsi cioè al luogo dove esiste l'oggetto dell'atto, sono altrettanto arbitrarie quanto le eccezioni che ad esse poi si pongono. Al suo principio l'Eichorn pone però qualche eccezione fondata sulla libertà relativa, ch'egli lascia allo straniero, di seguire volontariamente la legge del luogo dove si trova: e le eccezioni ammesse sono: 1° quando l'atto sia fatto senza frode in un paese straniero dove vi sia impossibilità di osservare le forme prescritte nel luogo del domicilio della persona che contratta o che dispone; 2° quando l'atto sia fatto in paese straniero di cui le leggi non concedono protezione agli atti ed ai contratti se non in quanto siano rivestiti di una certa forma; 3° quando lo statuto reale richiede per l'acquisto o l'alienazione di un immobile un atto precedente, nel qual caso e forma e sostanza di questo atto devono essere regolate dallo statuto reale. Secondo tale teoria l'Eichorn sostiene che un testamento olografo fatto da un individuo in un paese dove tale forma è permessa non avrebbe nessun valore al domicilio

(1) Eichorn, *Einleit. in d. deut. Privatr.*, § 35 e seg., pag. 101 e seg.

del testatore se quì la legge non ammettesse che le forme testamentarie pubbliche; solo per una ragione di convenienza e per la consuetudine invalsa egli crede che sarebbe riconosciuta la validità di tale testamento anche nel paese del domicilio, solo però nel caso di morte del testatore nel luogo nel quale dispose per ultima volontà de' suoi beni.

La stessa opinione segue lo Zachariae (1). E così pure il Mühlenbruck, il quale dopo aver nella *Doctrina Pandectarum* (2) sostenuta la regola, più tardi, nella continuazione alle Pandette del Glück (3), seguì l'opinione dell'Eichorn e parlando dei testamenti non ammise il *l. r. a.* altro che eccezionalmente: conformi alla legge del domicilio del testatore devono essere, secondo il Mühlenbruck, la sostanza e la forma del testamento; solo nel caso in cui il testatore muti domicilio dopo aver testato, l'atto resterà valido quanto alla forma.

Lo Hauss dice essere la regola *l. r. a.* « *semper inutilis et supervacanea* » e, per usar le sue parole, « *semper prorsus falsa, nisi partes vi autonomiae legibus ejus loci, in quo contrahunt, negotium submiserint, aut si verbo actus ipsum de re aliqua judicium vel confirmationem judicialem, negotio alicui datam, intelligis, iudex competens domesticas suas leges adhibeat* » (4). E finalmente il Thöl (5) esclude assolutamente la nostra regola in ogni caso, eccetto quando qualche pubblico ufficiale sia necessariamente il solo che possa redigere un determinato atto.

Nessun altro scrittore (6), ch'io sappia, nega così recisamente e

(1) Zachariae, *op. cit.*, § 2.

(2) Muehlenbruck, *Doctr. Pandect.*, § 73, iii.

(3) Muehlenbruck, *Ausf. Erlaut. d. Pand. von Glück*, vol. 28, § 1419.

(4) Hauss, *op. cit.*, § 25. Tutto questo infelice lavoro è una carica a fondo contro la nostra regola: l'ultimo capitolo è intitolato: *Regulam l. r. a. saepissime falsam atque semper inutilem rejicendam esse probatur!*

(5) Thöl, *Einleitung*, § 83.

(6) Naturalmente non annovero fra gli avversari della nostra regola quegli scrittori che negano qualunque efficacia estraterritoriale alle leggi di uno Stato o sostenendo il principio antico: *leges cuiusque imperii vim habent intra terminos ejusdem rei publicae nec ultra*, o pretendendo che il giudice non possa applicare a qualsiasi rapporto giuridico altro che la sua propria legge nazionale e credono tuttavia su queste basi di costruire un sistema di diritto internazionale privato come ad esempio il Pfeiffer (*D. Princ. d. intern. Privatr.*) o il Puetter (*D. prakt. europ. Fremdenr.*) il quale appunto dichiara d'ammettere solo, e limitatamente, la regola *l. r. a.* nel diritto intermunicipale e non nel diritto internazionale (*op. cit.*, I absch., § 17, nota).

così largamente l'applicazione della regola come questi pochi dei quali ho riferito l'opinione: quanto poca importanza abbiano queste voci discordanti da ciò che generalmente è ammesso, mi sarà facile dimostrare quando avrò esposto le ragioni giustificative di quel principio di diritto internazionale privato ch'essi vogliono abbandonato o almeno grandemente ristretto nella sua applicazione. Del resto poi non è difficile avvertire la falsità della conclusione dall'erroneità delle premesse quando si pensi che l'opinione dell'Eichorn è solo la conseguenza della dottrina sua seguìta dal Göschen ed in parte anche dal Puchta, la quale vuol giudicato ogni rapporto giuridico secondo la legge del domicilio della persona che quel rapporto di diritto riguarda, dottrina riconosciuta falsa perchè fa dominare un principio solo e quasi assoluto in una materia piena di rapporti tanto diversi e tanto complessi, perchè condurrebbe ad uno stato giuridico di poco dissimile da quello medioevale della personalità delle leggi, perchè infine non offre soluzione alcuna nei casi ne' quali non una ma più persone di differente domicilio siano ad un rapporto di diritto partecipi: quando si ricordi che anche il Mühlenbruck e lo Zachariae e il Thöl questa dottrina errata in gran parte accolgono: quando infine si osservi che lo Hauss arriva a quella conclusione solamente per conseguenza della grande confusione d'idee che domina nel suo scritto, perchè egli dopo aver applicato la regola *l. r. a.* non solo alla forma ma anche alla sostanza dell'atto, pur sostenendo in buona fede che la applica soltanto alla forma, senza distinguere inoltre il diritto materiale dal formale, si incontra nella difficoltà di giustificarla e, per superare questa, trova il comodo mezzo di rifiutare la regola e di cercare solo nell'elemento volontario la base dell'applicazione delle leggi del luogo tanto alla sostanza che alla forma dell'atto.

3. Ad eccezione dunque di questi pochi, tutti gli scrittori ammettono l'applicazione più o meno larga della regola *l. r. a.* Ma quando passano a giustificarla, a cercare quale sia il fondamento giuridico e razionale d'essa, l'accordo cessa. È bene esaminare accuratamente tutte le differenti teorie per la giustificazione logica e giuridica della regola, perchè da questo disaccordo nel punto fondamentale derivano le ulteriori divergenze circa all'applicazione più o meno larga del broccardo, all'obbligatorietà o facoltatività sua, ecc., ecc.

Prescindendo dall'opinione di coloro che credono trovare nel diritto romano l'origine del principio e anche una ragione d'autorità sufficiente per farlo valere anche adesso, opinione della quale abbiamo

dimostrata l'erroneità (1), la teoria che dai più è seguita (2) è quella che nella necessità e nella opportunità trova la giustificazione della regola.

È spesso impossibile, dicono i sostenitori di questa teoria, e sempre difficile fare un atto con forme differenti da quelle che sono prescritte dalla legge del luogo dove l'atto si fa. Come potrà una persona fuori del suo paese redigere un atto nelle forme richieste dalla legge sua nazionale, se le instituzioni che il compimento dell'atto suppone mancano nel paese dove si trova? Come potrà un prussiano in Italia fare un testamento davanti al presidente del tribunale? Come potrà lo straniero fare un atto che secondo la legge sua personale soltanto un ufficiale dello stato civile è competente a ricevere, quando nello Stato in cui si trova tali pubblici ufficiali manchino? E supponiamo pure, continuano, che la possibilità non

---

(1) Vedi sopra cap. I, § 11.

(2) FIORE, *Dir. int. priv.*, vol. I, cap. VI, § 218 e *Delle disp. gen.*, sez. II, cap. I, § 3, n° 392; CASANOVA-BRUSA, *Del dir. int.*, lez. XXIV e note; ESPERSON, *Le dr. int. privé dans la lég. ital.*, § 69, *J. D. I. P.*, 1882, pag. 158; LOMONACO, *Tratt. dir. civ. int.*, cap. VII, § 1; ROCCO, *Tratt. dir. civ. int.*, lib. II, cap. X, pag. 266; PESCATORE, *La log. del dir.*, part. II, cap. XVII, § 4; FUSINATO, *Princ. scuola ital. nel dir. int. pr.*, pag. 72; BIANCHI, *Dir. civ.*, vol. I, n° 146; DE FILIPPIS, *Corso compl. dir. civ.*, vol. I, sez. I, § 12, n° 3; PACIFICI-MAZZONI, *Ist. dir. civ.*, vol. I, § 77; FOELIX, *op. cit.*, § 75; DURAND, *Sagg. dir. int. pr.*, § XXVI; WEISS, *Traité élém. dr. int. privé*, liv. II, chap. I, tit. III, sect. III; DESPAGNET, *Précis dr. int. pr.*, § 267; BARD, *Précis dr. int. pr.*, § 205; SURVILLE-ARTUYS, *Cours élém. dr. int. pr.*, § 186; CLUNET, *Quest. et solut. prat.*, *J. D. I. P.*, 1880, pag. 382; DUHAUT, *De la règle l. r. a.*, part. I, pag. 209-10, 217; LACANAL, *De la forme des actes*, pag. 1; BOURDON-VIANE et MAGRON, *Man. dr. int. privé*, part. III, tit. IV, chap. I; VINCENT-PENAUD, *Dictionn. Forme des actes*, § 1, n° 5; BROCHER, *Théorie dr. int. pr.*, *R. D. I.*, vol. III, 1871, pag. 557, 562; FEBVRE, *De la forme des actes*, pag. 175, 181; MARCADÉ, *Expl. Cod. Napol.*, vol. I, tit. prélim., art. 3, VII; DEMOLOMBE, *Traité de la public. des effets des lois*, tit. prél., chap. III, n° 105; TOULLIER, *Le droit civ. fr.*, tom. V, n° 79, nota; AUBRY-RAU, *Cours dr. civ.*, § 31; DUCAURROY-BONNIER-ROUSTAIN, *Comm. th. et prat. Cod. civ.*, tom. I, pag. 15 ap. LAURENT, *op. cit.*, n° 238; ASSER-RIVIER, *Élém. dr. int. pr.*, § 26; HAUS, *op. cit.*, § 90; PICARD, *op. cit.*, sect. I, § 14; *Pand. Belges*, vol. V, col. 986, n° 14; PHILLIMORE, *Comment. upon int. law*, vol. IV, chap. XVIII, n° 394; WHEATON, *Elem. dir. int.*, part. II, cap. II, § 7; SAVIGNY, *op. cit.*, § 381; MANKIEWICZ, *op. cit.*, § 5; MUHEIM, *D. Princ. des int. Privatr.*, Allg. Theil, § 9; WAECHTER, *Ueber die Collision*, § 26, n° 4, Archiv 25, pag. 372 e *Pandekten*, vol. I, § 31; STOBBE, *Handbuch*, § 31; DERNBURG, *Lehrb. preuss. Privatr.*, vol. I, § 27; ZACHARIAE, *U. d. Rechtsr. l. r. a.*, § 2.

manchi di fare quest'atto secondo le forme della legge nazionale dei disponenti o contraenti, o secondo la legge del loro domicilio, o quella della situazione dei beni o quella del giudice davanti al quale l'atto deve far prova; resterà pur sempre loro difficile conoscere tali forme legali e molto più difficile eseguirle perfettamente: e vi sono dei casi ne' quali non c'è assolutamente tempo per prendere cognizione di queste leggi, per es. quando uno colpito all'estero da mortale infermità voglia far testamento. E pur anche concesso, in fine, che le parti conoscano perfettamente le forme di cui l'atto dovrebbe essere rivestito o abbiano tempo e modo di prenderne conoscenza, resterà sempre necessario evitare che il possessore di beni posti in differenti regioni abbia la molestia e la difficoltà di redigere altrettanti testamenti o contratti quanti sono i beni soggetti all'impero di leggi diverse, ovvero di adempiere nello stesso atto a tutte le forme prescritte nei vari territori dove esistono i beni o dove l'atto in qualsiasi modo deve avere effetto, o che tutti i contraenti se la legge personale relativa alla forma degli atti d'ognuno di loro è differente da quella degli altri, anche se il negozio giuridico non riguardi gli immobili, facciano tanti atti in forma diversa quante sono le parti: se si considera in fine che è utile favorire gli stranieri e non esporre gli atti a nullità per difetto delle forme legali, le quali non sono certamente stabilite per creare ostacolo ai negozi civili, si potrà facilmente comprendere le ragioni per cui si è riconosciuto come principio di diritto il *l. r. a.*

E tutto ciò non vale solo per gli atti che devono farsi con l'intervento dei pubblici ufficiali ma anche per quelli per scrittura privata: chi in fatti redige questi atti? Raramente le parti, più spesso gli agenti d'affari: ora questi non conoscono che la pratica legale del paese dove esercitano il loro ministero; quanto alle parti, esse, il più delle volte, non conoscono nessuna legge e sono forzate a riferirsi ai redattori che faranno gli atti conformemente alla legge locale. In fine la regola è stata stabilita perchè fa d'uopo impedire che gli atti compiuti in buona fede siano annullati troppo facilmente e quasi senza colpa delle parti, perchè l'interesse delle convenzioni civili esige che queste in vece d'essere ostacolate siano, più ch'è possibile, facilitate, ed ha lo scopo di promuovere le relazioni internazionali, di favorire gli stranieri (1), i quali se non avessero in tal modo la possi-

(1) CLUNET, *op. cit.*, loc. cit. e pag. seg.; DUHAUT, *op. cit.*, pag. 255.

bilità di svolgere la loro attività giuridica fuori della loro patria sarebbero ridotti a tale condizione che esiterebbero a oltrepassare la frontiera.

In somma la regola fu posta perchè colui « qui a perdu l'avantage d'être sur le sol de la patrie ait la consolation d'agir avec la moindre gêne possible » (1); essa « s'est développée sous la pression de fortes nécessités pratiques dans le but de maintenir la validité des actes » (2), è per una « invincibile necessità » (3) che « les rélations internationales commandent, en quelque sorte, de respecter l'acte passé dans les formes locales » (4); perciò « elle est une concession réciproque des peuples fondée sur l'utilité commune » (5). « C'est la force même » (6), « c'est la logique des choses » (7) che la richieggono e la regola fu accolta « *usu exigente et humanis necessitatibus* » (8).

Un pensiero poi (sebbene non sempre apertamente confessato) comune a tutti i seguaci di questa teoria è che accettando per necessità o per utilità la regola *l. r. a.* si venga a derogare ad un principio giuridico differente secondo il quale la forma degli atti non dovrebbe proprio, in stretto diritto, essere determinata dalla *lex loci actus*. Alcuni non lo dicono ma lo esprimono indirettamente lo stesso, quando sostengono che mancando la necessità o venendo meno la opportunità di far l'atto con le forme locali, questo sia valido anche se rivestito di forme differenti: altri in vece esplicitamente dicono che in quanto appunto la regola *l. r. a.* è imposta dalla necessità o consigliata dalla opportunità, essa importi una deroga o al diritto naturale che vuole l'atto sia indivisibile e dipenda da una medesima legge tanto per la sua forma che per la sostanza sua (9), oppure una deroga al principio generale di diritto che la forma degli atti deve essere conforme alla legge del luogo dove gli atti avranno esecu-

(1) Clunet, Ibidem.
(2) Brocher, *op. cit.*, loc. cit.
(3) Rocco, *op. cit.*, loc. cit.
(4) Vincent-Penaud, *op. cit.*, loc. cit.
(5) Duhaut, Haus, *op. cit.*, loc. cit.
(6) Clunet, Surville, Weiss, ecc., *op. cit.*, loc. cit.
(7) *Pand. Belges*, loc. cit.
(8) Toullier, *op. cit.*, loc. cit.
(9) Haus, *op. cit.*, loc. cit.; Savigny, *op. cit.*, § 381; Picard, *op. cit.*, sect. I, § 29; *Pand. Belges*, loc. cit.; Mankiewicz, *op. cit.*, loc. cit.; Bar, *op. cit.*, § 118, nota 13 e autori ivi citati; Pescatore, *op. cit.*, loc. cit., esplicitamente dice che la regola *l. r. a.* si è introdotta *contra iuris rationem*.

zione (1) o in fine allo stretto diritto, secondo il quale la forma di un atto deve essere determinata dalla legge nazionale (2) o dalla legge del domicilio (3) dei disponenti o contraenti. Per questi scrittori in somma la regola *l. r. a.* sarebbe una norma di *jus singulare* come dice il Digesto, « *quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem, auctoritate constituentium introductum est* » (4).

Su queste varie teorie che condurrebbero ad escludere per massima generale e ad ammettere solo eccezionalmente la regola *l. r. a.* avrò campo di ritornare in seguito quando cercherò di dimostrarne la fallacia: per ora mi basti osservare che non arrivo a comprendere che cosa sia questo diritto naturale, diritto stretto, principio generale di diritto che viene ad essere in contraddizione con ciò che la necessità delle umane condizioni richiede o che l'utilità consiglia: il dire che il diritto naturale e il diritto stretto e i principii generali di diritto vogliono una cosa ma che la necessità e l'utilità richiedono una cosa diversa è un riconoscere o che la vita dell'umanità è in disaccordo con questo *jus naturale* o *strictum*, o che il diritto non è già quella norma necessaria e naturale, sorta e sviluppata in virtù di forza propria, prodotto ultimo ed inevitabile di evoluzione della vita sociale, ma una creazione arbitraria, aprioristica, a base di speculazione metafisica: conclusioni queste che non posso ammettere in modo alcuno.

Ma di ciò meglio dirò più tardi; per ora vediamo se la giustificazione data al broccardo *l. r. a.* sia convincente e sufficiente. Non voglio certo negare che le ragioni date siano buone; senza dubbio la necessità che qualche volta s'impone, l'utilità e l'opportunità che più spesso si presentano di fare gli atti con le forme locali onde permettere e favorire lo sviluppo del commercio e, in generale, dell'attività giuridica di chi si trova fuori del proprio paese hanno dato occasione a porre la nostra regola. Ma questa non ha proprio altra giustificazione, altro fondamento che la necessità? Se realmente altro non ne avesse, la conclusione logica dovrebbe essere questa: che quando manca la necessità o vien meno l'opportunità o l'utilità cessasse anche la regola; ciò che i seguaci dell'esposta teoria sono ben lontani

(1) MASSÉ, *Dr. commerc.*, § 572; WINDSCHEID, *Lehrb. des Pand.*, vol. I, § 35; UNGER, *System des öster. allg. Privatr.*, cap. VII, § 22, pag. 206.

(2) DUHAUT, *op. cit.*, pag. 255; DURAND, *op. cit.*, § XXVI; WEISS, *op. cit.*, loc. cit.; ESPERSON, *op. cit.*, loc. cit.

(3) FOELIX, *op. cit.*, § 75; WAECHTER, *op. cit.*, § 26, IV.

(4) Fr. 16, D. *de leg.* 1, 3.

dal consentire perchè, come meglio vedremo in seguito, ammettono generalmente la facoltatività del *l. r. a.*, così che le parti possano per gli atti non solenni seguire la regola anche quando ciò non sia loro reso necessario dalle circostanze (1) e negano l'applicazione del broccardo agli atti solenni anche quando la necessità di usare per questi le forme locali s'impone, dimenticando che essi ammisero il *l. r. a.* come un *jus singulare* e che per questo ha valore la massima del diritto romano: « *jus singulare non est producendum ad consequentias: in his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris* » (2); conseguenze queste che derivano dalla poca esattezza della ragione data alla regola o meglio dalla incertezza, dalla elasticità dei termini *necessità*, *utilità*, *opportunità* (vizi questi i quali sono i maggiori che la costruzione d'una teoria giuridica possa avere). In fatti quando si dice: la legge del luogo dovrà regolare le forme degli atti quando la necessità lo richieda, di che specie di necessità si parla? Di necessità in senso obbiettivo o in senso subbiettivo, di necessità assoluta o di relativa o, per meglio dire, di necessità risultante dalla mancanza dell'ufficiale che possa ricevere l'atto nelle forme richieste dalla legge personale delle parti come nel caso del testamento d'un prussiano in Italia, o di necessità risultante dal fatto che il disponente non conosce la legge del suo paese e non ha tempo nè modo di informarsi quale sia? E non mi si osservi che in tal modo io sottilizzo vanamente, perchè, se la teoria fosse logicamente applicata, molto differenti ne dovrebbero essere le conclusioni secondo che si trattasse d'una necessità della prima specie o della seconda: e lo stesso si può dire ed *a fortiori* degli altri termini, *opportunità*, *utilità*, ancora più vaghi, incerti, inesatti della

(1) Alcuni arrivano anche a confessare che questa loro conclusione manca di logica: così il CLUNET (*op. cit.*, loc. cit.): « Notre avis est que *malgré l'absence du motif principal* qui paraît avoir été la raison de l'adoption générale de la règle *l. r. a.*, le français pourra à son choix suivre la forme locale ou la forme française ». Non così il PESCATORE (*op. cit.*, loc. cit.) il quale dice: « benchè questa regola si sia introdotta *contra juris rationem propter utilitatem*, tuttavia i tribunali devono applicarla in tutta la larghezza della sua ragione » e ciò appunto perchè il *l. r. a.* appartiene a quella « categoria di leggi le quali per ragioni di convenienza derogano alla logica del diritto e costituiscono nella legislazione civile il diritto anormale (*jus singulare*), la determinazione del quale spetta unicamente al legislatore ». Ved. in propos. la parte I, cap. VI dell'opera citata del PESCATORE.

(2) Fr. 15, D. *de leg.* 1, 3.

parola *necessità*. In somma la conclusione della esposta teoria dovendo essere logicamente questa, espressa pure in modo largo: *la forma degli atti sarà regolata dalla legge del luogo solo quando le parti non possano o non credano utile od opportuno seguire la forma della loro legge personale*, videro i sostenitori della teoria che, così essendo, ogni giudice, prima di riconoscere la validità di un atto, avrebbe dovuto esaminare la questione pregiudiziale circa alla necessità, alla utilità, ecc., per cui l'atto è stato fatto secondo le forme locali, mancando quasi sempre degli elementi esatti, chiari e facilmente raccoglibili per provare che necessità o utilità vi fu; e per non arrivare a questa assurda conclusione, dichiararono, più largamente, facoltativa la regola, scostandosi così dal retto ragionamento logico e togliendo ogni base di giustificazione al *l. r. a.* quando il disponente creda di seguire la legge locale anche senza esservi astretto e senza risentirne utilità. E quasi per sopperire alla deficenza della ragione data, ricorrono, come vedemmo, per giustificare il broccardo alla *utilità comune degli Stati* e al fatto che la regola è *favorevole* allo straniero, rievocando così quella vieta e per fortuna abbandonata distinzione in *statuta favorabilia* e *statuta odiosa* la quale fa dipendere l'esistenza di una legge solo dalla volontà del legislatore di concedere un vantaggio o di creare uno svantaggio e solo in conseguenza dell'uno ammette e dell'altro respinge l'efficacia estraterritoriale della legge stessa.

Inoltre poi, dato pure che sola giustificazione della regola sia quella esposta, non mi pare che in ogni caso possa valere: forse sì se le parti appartengono allo stesso paese, ma no certo se appartengono a paesi differenti: così ad es. che forma dovrà avere l'atto conchiuso in Italia da un francese e da un austriaco (supponendo che le leggi dei due Stati siano differenti fra loro per quanto riguarda la forma dell'atto stesso), quando i contraenti conoscano perfettamente le loro leggi personali e trovino un notaio che si presti a compier l'atto secondo la forma che meglio desiderano? Secondo la *lex loci actus* rispondono concordi i sostenitori della teoria: e perchè? Dov'è in tal caso l'utilità o la necessità? Unica ragione forse quella di non obbligare le parti a fare due atti identici nella sostanza, differenti nella forma; troppo meschina ragione, mi pare, per derogare, com'essi credono, alle leggi personali delle parti od alle altre leggi che dovrebbero, secondo quel preteso diritto stretto o naturale, reggere sempre la forma degli atti.

Un'ultima osservazione: ho detto come i sostenitori della teoria che esamino dopo aver trovato la ragione della regola nella necessità e utilità arrivino poi ad ammetterla facoltativa in genere e come, se la ragione fosse unicamente quella addotta, dovrebbero in vece dire che il broccardo è applicabile solo quando non si può o non è utile non seguire le forme locali: ripeto che nel primo caso commettono un errore logico perchè la conclusione non è giustificata dalle premesse e circa al secondo osservo che dovranno almeno concedermi che la regola non ha per fondamento alcun principio giuridico, poichè una regola cui si ricorre eccezionalmente, per circostanze accidentali, solo quando non se ne può fare a meno, non è certo fondata su giuridici principii.

Concludo quindi ammettendo bensì che qualche volta la necessità e l'utilità possono giustificare la regola, ma che in genere sono *occasioni* a porre quel principio più che vere e proprie ragioni dell'esistenza sua. Altro superiore e giuridico fondamento la regola deve avere che assolutamente e sempre dia la ragione dell'applicazione di essa.

4. Alcuni (1) credono di giustificare la regola *l. r. a.* così dicendo: bisogna distinguere le persone, le cose e gli atti e per questi nessuna legge è loro più naturalmente applicabile che quella del luogo dove sono compiuti. Questa non è altro in fondo che la vecchia teoria degli statuti, il risultato della quale ridotto alla sua più semplice espressione è appunto questo: le persone devono essere sottoposte sempre alla legge del loro domicilio, le cose a quella della loro situazione, gli atti a quella del luogo dove vengono compiuti.

È inutile ch'io dimostri quanto sia errata tale teoria, quante *intricatissimae ac prope inestricabiles controversiae* stiano latenti sotto la evidente semplicità della sua esposizione, come manchi nella triplice ripartizione qualsiasi giuridica giustificazione e nella teoria generale quel criterio oggettivo che prescindendo dal considerare isolatamente gli oggetti ed i soggetti del diritto, ricerchi invece quale sia la natura del rapporto giuridico e ad esso applichi la legge del luogo dove nello spazio materialmente il rapporto per natura sua si localizza, unica via per arrivare alla soluzione del problema del diritto internazionale privato: tanto, nessuno più vuole ristabilire e difendere la vecchia teoria; ma appunto per questo è strano che qualche scrittore, non trovando plausibile giustificazione al nostro broccardo, ricorra

(1) Phillips, *Grundsätze*, vol. I, pag. 192; Grolmann, *U. holograph. Testamente*. pag. 14 cit. ap. Bar, *op. cit.*, § 117, nota 4.

nuovamente a quei famosi statuti misti dei quali non si sa se sia più vaga e arbitraria la determinazione o la norma che li voleva sottoposti alla *lex loci.*

Chi in tal modo cerca di giustificare il *l. r. a.* prova troppo e troppo poco: troppo poco perchè afferma una cosa senza darne le ragioni: troppo, perchè non facendo distinzione fra forma e sostanza degli atti e assoggettando l'una e l'altra alla legge del luogo, semplifica singolarmente le difficoltà cui il conflitto delle leggi dà origine, toglie anzi completamente ogni conflitto; ed in fatti, siccome ogni rapporto giuridico è necessariamente determinato da un atto, solo la legge del luogo dove l'atto è compiuto dovrebbe essere applicata alla forma, alla sostanza ed alla capacità delle parti. Noto poi l'assurdo sostenuto dagli espositori di questa teoria i quali astrattamente ammettono che la capacità della persona sia regolata dalla legge del domicilio, ma poi quando questa persona esercita la propria giuridica attività, vogliono regolata la sua capacità dalla legge del luogo dove agisce (1).

5. « Ce n'est point par un simple motif de convenance qu'on a donné par rapport à la forme probante des actes la préférence à la loi du lieu où ils sont passés sur toutes les autres; c'est la loi du lieu qui leur donne la vie; c'est elle par conséquent qui les doit affecter, les modifier, en régler la forme ». Tale è una delle ragioni che il Merlin (2) dà al *l. r. a.* e continua dicendo come « l'adempimento delle forme estrinseche ordinate dalla legge del luogo, in cui un atto si fa, è la condizione *sine qua non* della sua nascita, poichè diversamente l'atto resta senza prova e questa deficenza di prova lo segue in tutti i paesi, anche in quelli in cui sarebbe valido, se fosse stato fatto colà ». Questa giustificazione che già prima del Merlin era stata data dal Boullenois (3) con le parole: « qui peut attester la vérité d'un acte, si ce n'est la loi où il a été passé et sous l'autorité de laquelle il a été passé? » e prima ancora da Paolo da Castro (4) e

(1) Ved. a questo propos. LAURENT, *op. cit.*, vol. II, n° 236; BAR, *op. cit.*, § 117; MANKIEWICZ, *op. cit.*, § 2, pag. 9 e § 3, pag. 17; D. STEFANO, *La mass. l. r. a.*, cap. II, § 4.

(2) MERLIN, *Répertoire*, voce *Preuve*, 11, § 9, art. 1, n° 5.

(3) BOULLENOIS, *Person. et réal.*, vol. I, pag. 429.

(4) PAULI CASTRENSIS, *Consilior.*, parte III, cons. XIII, n° 24: « *Statutum sicut afficit personas subditas ratione originis ita et actus celebratos in loco statuentium quia dicuntur ibi oriri et nasci* ». Ved. anche sopra cap. I, § 8.

dal Dumoulin (1) è stata pure addotta da buon numero di scrittori e lo è ancor oggi (2). Due giuristi poi, uno tedesco, italiano l'altro, sembrano sostenere più di tutti la esposta opinione: lo Schaeffner e il Catellani: il primo coerente con la propria teoria generale di diritto internazionale privato, la quale in questo caso coincide con quanto dice il Merlin circa al *l. r. a.*, così formula le sue idee (3): « la forma esteriore di ciascun contratto va giudicata secondo le leggi di quel luogo in cui questo contratto è divenuto esistente » e aggiunge che l'atto deve corrispondere alla legge del luogo in cui è stato fatto « poichè in questo paese l'atto ha avuto origine; in questo è divenuto reale; in questo la forma s'è attuata; nè esso in generale esiste, quando non risponde per le sue forme alle leggi di quel luogo ». E il Catellani così si esprime (4): « Ben può dirsi che quelli stessi principii in omaggio ai quali la persona dev'essere retta dalle leggi del paese a cui appartiene, impongono di lasciar regolare la forma degli atti dalla legge del luogo dove hanno nascimento. A queste spetta evidentemente sorvegliarne la esplicazione secondo le esigenze dell'ordine interno; sotto la tutela di queste essi si compiono e la corrispondenza fra la forma dell'atto compiuto e le prescrizioni della legge imperante dove l'atto si compie, testificano della sua stessa esistenza come atto giuridico. Solo compiendosi in armonia di quelle leggi esso può corrispondere a quelle caratteristiche di sicurezza che vi si richieggono poichè solo allora entra in quell'ambito nel quale lo attendono tutti i mezzi di controllo e tutti i mezzi di prova per esso preparati dalla legislazione ».

(1) Molinaei, cons. liii, n° 9: « *Est omnium doctorum sententia ubicumque consuetudo vel statutum locale disponit de solemnitate vel forma actus, ligari etiam exteros ibi actum illum gerentes et gestum esse validum et efficacem ubique, etiam super bonis sitis extra territorium consuetudinis vel statuti* ».

(2) Riccius, *Zurerl. Ent. v. Stadtges.*, pag. 258 e seg.; Ziegler, *Dicast. seu de jud. of.*, 15, § 7; Witzendorf, *De statutis*, xx, n° 8; Danz, *Privatrecht*, I, § 53, cit. ap. Bar, *op. cit.*, § 117, nota 5; Glueck, *Pandekten*, vol. I, pag. 291; Westphal, *Deut. Privatr.*, pag. 32; Kori *in Archiv f. civilist. Praxis*, vol. xxvii, pag. 309. In parte anche Phillips, *op. cit.*, vol. I, pag. 192; Fiore, *op. cit.*, vol. I, § 218. Anche Pacifici-Mazzoni, *Ist. dir. civ.*, vol. I, § 77, sembra almeno in parte accogliere questa teoria: così parrebbe dalle parole che a giustificare la regola, insieme ad altre ragioni, concorre anche « il rapporto del luogo coll'atto e i suoi soggetti ».

(3) Schaeffner, *Entwickelung*, § 73 e 83.

(4) Catellani, *op. cit.*, vol. ii, part. ii, pag. 105-6.

Dunque la legge del luogo dove un atto si compie deve regolarne la forma, perchè l'atto in quel luogo nasce; e sia pure: ma, dato che l'atto in quel luogo nasca, perchè la legge del luogo dovrà regolarne la forma? A questa domanda nessuna soddisfacente risposta: in ciò che dicono il Merlin e gli altri vi è una petizione di principio; affermano una cosa, ma non ne dànno la prova (1). Chè il nome di prove non può, mi sembra, spettare a ciò che dicono i sostenitori di tale teoria in appoggio di questa; ed in fatti è un valido argomento o non piuttosto un'altra semplice affermazione senza dimostrazione ciò che dice il Merlin, che la *lex loci actus* deve regolarne la forma, perchè è dessa quella che dà vita all'atto? È lo stesso pensiero di prima espresso con differenti parole, è la stessa ragione, dirò così, topografica, ma punto giuridica; inoltre, supponendo dimostrata l'affermazione, perchè l'efficacia della legge del luogo dovrà limitarsi alla forma e non anche alla sostanza dell'atto? Se questo deve essere per la forma regolato dalla legge del luogo soltanto perchè colà è nato, ha avuto origine, è divenuto esistente, mi pare che la identica ragione possa valere anche per estendere l'autorità della stessa legge a reggerne pure la sostanza.

Ma da ciò prescindendo, non credo che la teoria possa giustificarsi col dire, come fa il Merlin, che « l'adempimento delle forme estrinseche ordinate dalla legge del luogo in cui un atto si fa, è la condizione *sine qua non* della sua nascita, perchè diversamente l'atto resta senza prova e questa carenza di prova lo segue in tutti i paesi, anche in quelli in cui sarebbe valido se fosse stato fatto colà » o come il Catellani « che solo compiendosi in armonia con quelle leggi esso può corrispondere a quelle caratteristiche di sicurezza che vi si richieggono, poichè solo allora entra in quell'ambito nel quale lo attendono tutti i mezzi di controllo e di prova per esso preparati dalla legislazione ». Anzitutto osservo che, sia pure provando il danno risultante dal non seguire le forme locali, non si giustifica affatto il principio ma si ritorna per altra via ad ammettere che solo la necessità lo richieda; e quanto poco questa dia una giustificazione non c'è bisogno di ripe-

---

(1) Queste osservazioni e le seguenti valgono anche per quanto dice lo Schaeffner, perocchè appunto tanto il suo principio generale del diritto internazionale privato: « Ogni rapporto giuridico deve essere giudicato secondo le leggi del luogo, nel quale esso è divenuto esistente », quanto l'applicazione che ne fa alla forma degli atti, includono una petizione di principio, incorrono negli stessi vizi della teoria del Merlin e degli altri.

tere. Poi non è vero che l'atto rimanga senza prova se non fatto secondo la legge locale: l'atto stesso costituente la prova del rapporto giuridico per mezzo suo posto in essere il più delle volte da sè stesso si prova: e se l'atto poi ha bisogno di essere provato, può darsi benissimo che manchi proprio di quei mezzi di prova richiesti dalla legge del paese dove l'atto deve avere i suoi effetti, che non corrisponda affatto a quelle caratteristiche di sicurezza che si richieggono nello Stato in cui deve avere efficacia. Un atto concluso verbalmente in uno Stato che ciò permette, fra due individui appartenenti ad altro paese dove l'atto si deve fare davanti a notaio e dove esso avrà i suoi effetti, corrisponderà bensì alle caratteristiche di sicurezza richieste dalla *lex loci actus*. entrerà bensì in quell'ambito nel quale lo attendono tutti i mezzi di controllo e di prova preparati dalla legislazione locale, ma non corrisponderà affatto alle caratteristiche di ,sicurezza nè entrerà nell'ambito, ecc. della legislazione dello Stato dove avrà effetto e cui appartengono i contraenti. Nè viceversa, data questa teoria, so comprendere perchè per es. debbasi in Italia riscontrare « deficenza di prova » in un testamento olografo fatto da un italiano secondo l'articolo 775 Cod. civ. in un paese dove tale forma non è ammessa dalla legislazione. Ora con ciò non intendo affatto dire che la regola *l. r. a.* sia errata, voglio solo osservare che volendola con questa teoria giustificare quando si domandi: perchè c'è questa « deficenza di prova? », perchè basta che l'atto corrisponda alle caratteristiche di sicurezza richieste dalla *lex loci?* si dovrà rispondere, ritornando al punto di partenza, col dire che è così perchè l'atto in quel luogo è nato, ossia che è così, perchè è così (1).

Non mi pare in fine che nella frase del Catellani: « ben può dirsi che quelli stessi principii in omaggio ai quali la persona dev'essere retta dalle leggi del paese a cui appartiene, impongono di lasciar regolare la forma degli atti dalla legge del luogo dove hanno nascimento », i termini siano così correlativi da poter applicare alla giustificazione del *l. r. a.* quelle stesse ragioni che fanno preferire a

(1) Molto giustamente il Lainé (*Introduction*, vol. II, pag. 409) così risponde alla domanda del Boullenois: « qui peut attester la vérité d'un acte si ce n'est la loi où il a été passé et sous l'autorité de laquelle il a été passé? La réponse est aisée: sans contester que cette loi soit compétente, on peut très bien concevoir que celle du domicile ou celle de la situation le soit également. Pourquoi l'une ou l'autre de ces lois ne présiderait-elle pas, elle aussi, à la formation de l'acte? Affirmer n'est pas démontrer ».

qualunque altra legge quella nazionale per reggere lo stato e la capacità della persona (1).

Forse alcuni fra i sostenitori di questa teoria col dire che un atto deve rivestire le forme del luogo dov'è compiuto perchè in quel luogo nasce intendono con altre parole esprimere il concetto che tutti gli atti soggiaciono all'autorità dello Stato in cui sono compiuti e devono secondo quella legge essere giudicati: si può però osservare che anche la sostanza dell'atto dovrebbe in tal caso soggiacere alla *lex loci;* chè dal fatto che ogni Stato può, in realtà, se vuole, sottoporre tutti gli atti compiuti dentro ai suoi confini alla propria legge non derivano affatto le conseguenze che ciò sempre e in ogni caso avvenga o che questa assoluta prevalenza dell'elemento territoriale sia giuridicamente giustificabile e che questa legge la quale s'impone agli atti dentro alla propria ordinaria sfera d'azione, debba aver riconosciuta dai giudici stranieri la propria autorità estraterritoriale (2).

6. Il vecchio principio della territorialità delle leggi fu poi anche apertamente invocato a giustificazione della regola nostra. Non mancano anche a' giorni nostri scrittori (3) che appunto per trovare una ragione al broccardo *l. r. a.* tentano rimettere in onore la teoria di Erzio e di Coccejo (4) secondo la quale tutti gli stranieri che si trovano in uno Stato devono essere durante tutto il tempo del loro soggiorno considerati come i cittadini di questo Stato, quali *subditi temporarii* o *transeuntes* e perciò esser soggetti per quanto riguarda i loro atti alle leggi vigenti nel luogo in cui si trovano e agiscono.

Ma perchè si dovrà ammettere questa sudditanza temporanea

---

(1) Intorno a questo pensiero del Catellani (identico a quello di Paolo de Castro) il quale, inteso in un certo senso, può essere l'unica giustificazione possibile del *l. r. a.*, ved. avanti cap. III.

(2) Non saprei se annoverare il Duguit, l'autore della più accurata monografia sulla forma degli atti, fra i seguaci di questa teoria o di quella degli statuti: egli per verità non esamina quale sia il fondamento giuridico del *l. r. a.* perchè crede essere un metodo errato quello di porre un principio *a priori* e poi dedurne l'applicazione ai vari casi ed essere impossibile in tal modo di stabilire un principio generale su basi solide; ma tuttavia, senza forse volerlo e supporlo, parte proprio *a priori* dal non provato presupposto che ogni Stato sia obbligato a riconoscere validi gli atti compiuti secondo la regola nostra.

(3) Merlin, *op. cit.*, loc. cit. solo in parte; Massé, *Dr. commerc.*, vol. I, n° 571; Story, *op. cit.*, chap. VIII, § 261; Torres Campos, *Elementos*, lez. 17, n° 2 e *Principios*, part. II, cap. I, n° III.

(4) Ved. sopra cap. I, § 17.

(che, del resto, è in assoluta contraddizione con i moderni concetti di diritto pubblico) e riconoscere in base ad essa validità universale agli atti compiuti secondo la legge del luogo da un preteso *subjectus temporaneus?* Si capisce come e perchè le leggi penali obblighino tutti coloro che si trovano nel territorio, cittadini o stranieri; si può comprendere come uno Stato non voglia riconoscere validità agli atti compiuti da uno straniero entro ai suoi confini se non conformi alle prescrizioni della legge territoriale; ma da ciò è impossibile far seguire che gli atti fatti da uno straniero presso di noi validamente, secondo le nostre leggi, debbano esser validi anche all'estero e come tali riconosciuti dai giudici della sua patria o di altri Stati e giudicati solo secondo la nostra legge. Forse delle ragioni per sostenere ciò vi possono essere: ma non le dicono, così che argomentare queste conclusioni da quelle premesse è proprio un *saltus in demonstrando:* evidentemente, affermare che uno straniero diviene suddito dello Stato nel quale si trova quanto agli atti ch'egli vi compie equivale semplicemente a dire con altre parole che la legge di quel luogo gli è necessariamente applicabile; ma non è darne la ragione.

Del resto poi la poca solidità della teoria risulta anche dalle frequenti contraddizioni in cui i suoi sostenitori sono, quasi naturalmente, obbligati a cadere: ammettono questa sudditanza temporanea e limitano poi l'efficacia della legge del luogo a reggere la forma degli atti e non anche la sostanza loro e la capacità delle parti, come, date quelle premesse, sarebbe logico; non solo, ma posto il principio che lo straniero è suddito temporaneo dello Stato nel quale si trova, non ardiscono seguirlo fino alla sua diretta conseguenza di ammettere cioè che se uno straniero compie in uno Stato un atto che dovrà avere i suoi effetti soltanto nella patria del disponente, esso debba essere riconosciuto invalido anche dai giudici patrii, se è invalido secondo la legge del luogo in cui fu compiuto, fosse pure conforme alle disposizioni della legge nazionale del disponente (1).

7. La legge del luogo dove l'atto si compie non può essere necessariamente imposta per regolare la forma dell'atto ma ad essa invece volontariamente e tacitamente le parti si sottopongono: la più probabile intenzione loro è di voler seguire la forma vigente nel luogo

---

(1) Ved. in propos. Waechter, *op. cit.*, § 11, Archiv xxiv, pag. 289; Mankiewicz, *op. cit.*, § 3, n° 4; Lainé, *op. cit.*, vol. II, n° 236; Weiss, *op. cit.*, pag. 253; Duhaut, *op. cit.*, pag. 209; Laurent, *op. cit.*, vol. II, n° 236.

dove si trovano e agiscono; perciò si è cercato con la regola *l. r. a.* di conformarsi alla volontà presunta delle parti: tale e non altra è la giustificazione del broccardo. Così alcuni scrittori (1) i quali in tal modo seguono Paolo Voet che per primo, ch'io sappia, avea detto dover la *lex loci* regolare la forma degli atti ivi compiuti « *quia censetur quis semet contrahendo legibus illius loci ubi contrahit etiam ratione solemnium subijcere voluisse* » (2). Questa teoria parte da una premessa sbagliata ed erra di nuovo nel trarre dalla premessa la conclusione. Per creare questa finzione fondata su quella presunzione è necessario supporre che le forme possano esser sempre scelte arbitrariamente dalle parti: ora la legge non abbandona mai le forme degli atti alla volontà delle parti interessate; essa le stabilisce in seguito a considerazioni d'interesse generale, ciò che esclude affatto l'autonomia degli individui. Non sono facoltative in diritto civile altro che quelle norme che dipendono dalla volontà delle parti perchè il legislatore stabilendole non fa altro che prevedere l'intenzione dei contraenti salvo ad essi di manifestare contrario volere; non così è delle forme le quali non sono già stabilite dal legislatore secondo la presunta intenzione delle parti ma a queste imposte: la forma è assoluta, obbligatoria: se la legge determina una certa forma, non possono le parti convenire di non seguire quella forma o di seguirne una differente stabilita da altro codice straniero. La premessa dunque è sbagliata: ma fosse anche giusta rimane sempre errata la conclusione: difatti il loro ragionamento è questo: poichè le forme sono facoltative è giustificata la regola secondo la quale sono valide solo le forme locali; quindi dall'autonomia delle parti derivano una norma che tale autonomia rende nulla. « C'est une sorte de contre-sens », dice giustamente il Lainé (3), « puisque s'en remettre à la volonté des parties, c'est reconnaître leur liberté, non les lier ».

D'altronde poi se si reputa che le parti si siano volontariamente sottoposte alla legge dello Stato dove l'atto fu compiuto questa può

(1) Hildebrandt, *D. de oblig. forens.*, § iv, pag. 17, 21, cit. ap. Waechter, *op. cit.*, pag. 291; Pardessus, *Cours de dr. commerc.*, V, n° 1485. Anche lo Hauss e l'Eichorn per quanto ammettono la regola: ved. sopra § 2 di questo capitolo.

(2) Voet, *De statutis*, sect. ix, n° 9. Vedi anche fra i vecchi Mevius, *In jus Lubec.*, Qu. 4, § 14; Peckius, *De testam. coniug.*, lib. iv, cap. 30, n° 1; Colerus, *De proc. execut.*, I, cap. 3, n° 182, cit. ap. Bar, *op. cit.*, n° 117, nota 6.

(3) Lainé, *op. cit.*, vol. II, pag. 408.

essere una ragione perchè quell'atto sia valido nel territorio di quel paese; ma fuori d'esso nessuna ragione appare perchè sia necessariamente riconosciuto. Ora uno dei caratteri della regola *l. r. a.* è di essere universale e di rendere l'atto compiuto secondo la *lex loci* perfettamente valido dovunque, anche nella patria del contraente o disponente. Questa portata internazionale della nostra regola ci dimostra che essa deve avere ben altro fondamento che non la pretesa tacita sottomissione dello straniero alla legge locale (1).

8. Coloro che pongono a base per la risoluzione dei conflitti di leggi nello spazio il principio del rispetto a' diritti legittimamente acquistati tentano pure di giustificare in tal modo la regola nostra; un atto dicono (2) si deve giudicare anche all'estero secondo la legge vigente nel luogo in cui fu compiuto, perchè un diritto che secondo quella legge fu per mezzo di quell'atto acquistato deve anche all'estero essere rispettato e tutelato, e secondo quella legge non sarebbe un diritto legittimamente acquistato se non derivando da un atto compiuto con la forma che essa prescrive.

Intorno a questo modo di giustificare l'adagio *l. r. a.* si possono fare le stesse osservazioni che alla teoria generale dei diritti legittimamente acquistati dalla quale immediatamente deriva e cioè: se la questione di sapere se il nostro giudice deve in certi casi giudicare secondo la legge straniera si vuol decidere solo secondo il principio ch'egli deve rispettare i diritti legittimamente acquistati, il ragionamento è fondato su di una petizione di principio. Di fatti se si vuole che per un dato rapporto giuridico creato all'estero sia rispettato assolutamente anche nel nostro paese il diritto acquistato secondo la legge straniera, si parte da una premessa che non è provata, si presuppone ciò che sarebbe appunto da dimostrare, cioè che quel rapporto giuridico sia da giudicare secondo la legge straniera e non secondo la nostra; perchè, come osserva giustamente il Kori (3), la questione se uno ha acquistato un diritto per mezzo di un atto com-

---

(1) Ved. in propos. LAINÉ, Ibidem; WEISS, *op. cit.*, pag. 253; LAURENT, *op. cit.*, n[i] 236 e 246; BAR, *op. cit.*, loc. cit.; WAECHTER, *op. cit.*, loc. cit. e § 29, Archiv XXV, pag. 406; MANKIEWICZ, *op. cit.*, § 3, n° 5.

(2) TITIUS, *Jur. Priv. Rom. Germ.*, lib. I, cap. 10; MEIER, *De stat. confl.*, pag. 34; TITTMANN, *De comp. legum extern.*, pag. 4, nota 8. In parte anche EICHORN, *op. cit.*, § 36; MITTERMAIER, *Grundsätze*, § 31, n[i] 6-8; MAURENBRECHER, *Lehrb. heut. deut. Privatr.*, § 143 e seg.

(3) KORI, *Erört. prakt. Rechtsfr.*, Th. III, pag. 3, nota 4.

piuto all'estero e se sopra tutto si possa realmente parlare di un vero diritto acquisito, dipende dall'aver prima deciso se l'atto sia da giudicare secondo la legge nostra o la straniera.

Inoltre dato pure che in un altro Stato secondo la legge colà vigente un diritto sia realmente acquistato, è certo che quello Stato dovrà tutelarlo e rispettarlo; ma da ciò in modo alcuno non può seguire che se un diritto all'estero vale come acquisito, come tale debba valere assolutamente presso di noi ed essere dallo Stato nostro rispettato (1).

9. Più recentemente un'altra e affatto differente dalle precedenti giustificazioni fu data alla regola nostra; quella cioè di credere che gli atti debbano rivestire le forme del luogo in cui sono fatti perchè le leggi relative alla forma degli atti sono leggi di ordine pubblico. Già qualche accenno a questa ragione di preferire alle altre la *lex loci actus* si può trovare ne' giuristi del tempo andato, specialmente nel Merlin (2) che dopo aver cercato di giustificare in altro modo, come vedemmo, il broccardo, scriveva pure: « Chaque pays a ses lois pour les formes des actes, et ces lois sont toujours fondées sur des motifs différents. Tout dépend, en cette matière, de l'opinion, que le législateur a eu de ses sujets et par conséquent les lois relatives à la force probante des actes sont fondées sur des raisons purement locales et particulières à chaque territoire. Il n'y a donc que la loi du lieu où un acte est passé qui puisse en attester la vérité ». Chi però ha per primo vivamente insistito su questo carattere delle leggi relative alla forma degli atti fu il Laurent; egli pure come la maggioranza riconosce essere « certain que l'utilité joue un rôle dans la règle qui détermine la forme d'après les lois du lieu où l'acte est dressé » (3), e che per spiegare la regola « il y a une raison de nécessité, sur laquelle tout le monde est d'accord » (4), ma soggiunge (5): « l'adage traditionnel n'est pas seulement fondé sur la nécessité, il

---

(1) Ved. in propos. Kori, Ibidem; Waechter, *op. cit.*, § 14, Archiv xxv, pag. 1 e seg.; Mankiewicz, *op. cit.*, § 3, n° 6.

(2) Merlin, *Répertoire*, voce *Preuve*, sect. ii, § 3, art. 1. Qualche accenno anche in Ricard, *Don mutuel*, chap. vii, pag. 79, in Bouhier, *Coutumes Bourg.*, chap. xxviii, n[i] 13, 14, e fuggevolmente in Boullenois, *op. cit.*, vol. I, pag. 427 e seg.

(3) Laurent, *op. cit.*, n° 246.

(4) Ibidem, n° 236.

(5) Ibidem, ved. anche n° 234.

est aussi conforme à la raison. Quel est le but des formes dites extrinsèques? C'est de garantir la libre expression de la volonté des parties qui dressent l'acte, en les mettant à l'abri de toute influence illégitime et de toute fraude. Or, c'est au législateur de chaque pays de régler les formes qui lui paraissent les plus propres à atteindre ce but. Dans les actes authentiques, la qualité des témoins est d'une grande considération; et qui est compétent pour déterminer les conditions que les témoins doivent réunir? C'est bien certainement le législateur local. Dans les actes sous seing privé, les lois se contentent en général de la signature. L'art. 1326 exige de plus un *bon* ou un *approuvé* pour les *billets*, quand le corps de l'acte n'a pas été écrit par le signataire. C'est une garantie contre l'abus des blancs seings, donc une disposition qui tend à assurer la vérité des actes. Qui est compétent pour prescrire ces garanties? Le législateur local et lui seul, puisque tout dépend de l'état moral du pays: les mesures de défiance nécessaires dans un pays, peuvent ne pas l'être ailleurs ».

Dopo il Laurent altri (1) ripeterono lo stesso pensiero dicendo che, avendo le forme lo scopo di proteggere le parti da ogni frode o pressione e variando esse secondo la situazione morale del paese e il carattere degli abitanti così che una forma qui indispensabile è altrove superflua, alla sola legge territoriale spetta l'apprezzare di quali garanzie l'atto deve essere circondato per essere presunto sincero: dal momento che le forme ch'essa esige sono state osservate, la sincerità dell'atto è probabile e si capisce che a quel titolo possa dovunque essere invocato (2): affermando che le leggi sulle forme degli atti, leggi di ordine pubblico, di utilità sociale e quindi eminentemente territoriali obbligano tutti coloro che nel territorio contraggono (3): sostenendo che concorre a giustificare la regola quel principio di prudenza legislativa che stabilisce date forme di atti per ragioni di ordine pubblico riguardanti o la protezione delle volontà dei contraenti e dei disponenti contro le violenze, le frodi e gli errori

(1) Unger, *System österr. allg. Privatr.*, § 23, vi; Surville-Arthuys, *op. cit.*, n° 186; Duhaut, *op. cit.*, pag. 211; Weiss, *op. cit.*, liv. ii, chap. i, tit. iii, sect. iii; Di Stefano Napolitani, *op. cit.*, cap. ii, § 3; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.*, vol. I, § 77; Brocher, *Théorie*, R. D. I. 1871, pag. 567; Mitteis, *D. Lehre v. d. Stellventr.*, § 38.

(2) Weiss, Ibidem.

(3) Di Stefano Napolitani, Ibidem.

nel manifestarsi e contro gli occultamenti e le sottrazioni dopo espresse, o la rimozione dei pericoli di liti o finalmente l'accertamento pubblico dello stato civile della proprietà immobile (1): finchè per ultimo, il Despagnet che pure nel suo *Précis* tale ragione alla regola nostra non aveva addotta, in un recente scritto (2) dice che la preoccupazione di assicurare la prova degli atti giuridici in caso di contestazione rivelandone l'esistenza per mezzo di segni esterni come la scrittura o la parola raccolta da testimoni, « montre bien que les règles relatives aux formalités des actes juridiques ont le caractère général de dispositions d'ordre public, car elles se rattachent intimement à l'intérêt général en tant qu'elles constituent le moyen d'éviter les difficultés, les contestations obscures et de mauvaise foi, en même temps que de fixer les particuliers sur leurs droits résultant des actes qu'ils ont passés et d'éclairer les tribunaux sur la réalité des actes invoqués comme base de ces droits ».

Ma sono veramente disposizioni di ordine pubblico quelle relative alla forma degli atti? Dato che lo siano, può in base a questo loro carattere essere dimostrato non solo che l'atto compiuto con le forme locali sia valido dove fu fatto, ma anche che debba esser riconosciuto valido dovunque?

Per continuare nel sistema finora seguìto dovrei rispondere subito a queste domande: ma siccome per rispondervi è, mi pare, necessario fare un'indagine più profonda intorno alla natura della forma, alla sua importanza giuridica, alla funzione sua, indagine che ora troppo lontano mi trarrebbe, ed è necessario pure esaminare se il concetto d'ordine pubblico, così differentemente inteso, così vago, incerto, elastico, se non nella sua astratta formulazione almeno nelle sue applicazioni pratiche, comprenda nella portata sua anche le disposizioni legislative relative alla forma degli atti, siccome in fine a questa teoria si riconnette anche la nostra per dare fondamento giuridico alla regola, così credo opportuno rimandare ad altra parte del mio lavoro l'esame dell'opinione emessa dal Laurent e dagli altri.

10. Finalmente un'ultima ragione (3) dell'esistenza della nostra regola vien data; la consuetudine. Tutti ammettono che il *l. r. a.* sia

(1) Pacifici-Mazzoni, Ibidem.

(2) Despagnet, *La règle* l. r. a. *et l'ordre public*, R. P. D. I. P. 1890-91, pag. 52.

(3) Per vero anche un altro modo di giustificare la regola si può trovare, secondo lo Struve, nel principio generale del diritto internazionale privato

un principio di diritto consuetudinario; ma alcuni (1) credono che ciò solamente concorra insieme ad altre ragioni a giustificarlo; altri (2), come il Bar, restringono unicamente alla consuetudine le ragioni dell'esistenza sua.

È inutile dimostrare come fa il Waechter (3) che il diritto consuetudinario lo accolse; tutto il precedente capitolo ne è una prova e nessuno, del resto, lo mette in dubbio. È bene in vece rintracciare col Bar l'origine di questa consuetudine; ricercare poi se l'essere la regola da tanto tempo e da tanti riconosciuta possa dare ad essa sufficiente fondamento.

Il Bar crede impossibile farla derivare *a priori* dalla semplice logica del diritto: qualunque ricerca in questo senso darà, egli dice, risultati negativi, perchè la « forma di un negozio giuridico è uno dei requisiti, uno dei presupposti di questo e deve perciò essere giudicata secondo il medesimo diritto al quale soggiace in generale il negozio giuridico ». Non resta quindi altro mezzo per giustificare la regola che quello di ritenerla solo fondata su di un generale diritto consuetudinario: lo stabilirsi di questa consuetudine fu certo promossa da importanti ragioni di opportunità e avvenne in questo modo: principio fondamentale di tutti gli antichi scrittori come Cino da Pistoja, Alberico da Rosate, Pietro di Belleperche, Paolo da Castro, Fulgosio, Pietro da Ravenna, è che uno *Statutum* obblighi solo i sudditi, così che i negozi giuridici compiuti da forestieri nel

---

ch'egli enuncia (*U. posit. Rechtsges. etc.*, pag. 5, 70, 121, nota 8) secondo il quale il giudice deve sempre applicare ad un rapporto giuridico la legge del luogo dove esso si realizzò, anche se la legge nazionale del magistrato differentemente dispone, sostenendo anche essere ogni legge contraria al suo principio, per ciò solo ch'è contraria, priva di qualunque obbligatorietà, sì per il giudice che per i cittadini! Ma di queste stravaganze non mette conto occuparsi.

(1) HARTOGH, *De reg. juris l. r. a.*, cap. III; MITTERMAIER, *Grunds. gem. deut. Privatr.*, vol. I, § 31; MANKIEWICZ, *op. cit.*, § 5; UNGER, *System*, vol. I, § 23, VI, pag. 206; CASANOVA, *op. cit.*, lez. 34; ASSER-RIVIER, *op. cit.*, n° 26; SAVIGNY, *Dir. Rom.*, vol. VIII, § 381; HAUS, *Dr. pr. étrang. en Belg.*, § 83; FOELIX, *op. cit.*, § 73 e seg.; SCHAEFFNER, *op. cit.*, § 74.

(2) BAR, *Theorie*, n° 118 e *Intern. Privat. u. Strafr.*, § 34; BESELER, *Syst. gem. deut. Privatr.*, § 39, nota 29; WAECHTER, *op. cit.*, § 26, IV, Archiv XXV, pag. 368; WINDSCHEID, *Lehrb. d. Pandekten*, vol. I, § 35; BULMERINCQ, *Völkerrecht*, § 30, f.; MARTENS, *Traité dr. intern.*, vol. II, § 71; KIERULFF, *Civilrecht*, pag. 81.

(3) WAECHTER, *op. cit.*, § 26, IV, Arch. XXV, pag. 368.

nostro paese non sono sottoposti alle nostre leggi. Quei giuristi considerano quindi la regola *l. r. a.* solo come una eccezione e l'appoggiano principalmente sull'osservazione che le *solemnitates actus* appartengono alla *jurisdictio voluntaria* e che secondo un principio generalmente riconosciuto gli atti autenticati da un tribunale devono valere come autentici davanti a un altro. Niente è più verosimile che la regola *l. r. a.* si sia venuta in questo modo stabilendo. Altre forme per la conclusione dei negozi giuridici che non fossero quelle giudiziali non erano nel medio evo in uso: dove non ricorrono documenti ufficiali ivi il documento non è condizione della validità del negozio giuridico ma serve solo ad assicurarne la prova. Perciò i giuristi quando si occupavano della nostra regola ebbero difficilmente occasione di considerare le private scritture. Se si osserva poi che l'evidente scopo di concludere davanti a un giudice un negozio giuridico è quello di dare all'atto o una autenticazione ritenuta necessaria o una speciale pubblicità e se si ricorda l'idea dominante nel medio evo essere l'imperatore il sovrano di tutta la cristianità e da lui ogni giudice derivare, almeno mediatamente, la propria giurisdizione, si comprenderà come e perchè l'autenticazione di un atto fatta da un giudice della cristianità fosse riconosciuta valida anche da un altro. Nel caso si potè riferirsi anche alla ben conosciuta massima del diritto romano: « *acta facta coram uno judice fidem faciunt apud alium* ». Era naturale poi che nell'autenticazione ogni giudice procedesse secondo le leggi e gli usi giudiziari vigenti presso di lui, chè se si avesse voluto dare peso alla diversità delle consuetudini particolari, si sarebbe arrivati in tal modo, date le diversità, nel dettaglio almeno, infinite, delle forme degli atti, a restringere moltissimo l'utilità dei documenti pubblici. Un'altra circostanza inoltre si può ricordare: le forme usate per concludere giudizialmente un negozio giuridico erano per lo più analoghe alle forme processuali: siccome mai si è dubitato che le forme procedurali di una lite non siano da giudicare secondo la legge del luogo nel quale il tribunale ha la sua sede, così niente fu più facile che estendere questo principio agli atti di giurisdizione volontaria, quando essi erano compiuti con le forme della giurisdizione contenziosa. Ciò che valeva poi per gli atti giudiziari, in conseguenza della poca chiarezza delle idee giuridiche nel medio evo, facilmente fu esteso anche agli atti fatti davanti a testimoni.

Tale, fedelmente riassunta, la teoria del Bar: la consuetudine quindi continuando anche dopo cessate le cause che la originarono è

anche oggidì l'unico fondamento sul quale riposi la regola nostra. Ora io non risponderò certo al Bar con le parole del Weiss (1): « faut-il lui attribuer pour base unique, ainsi que semble le faire M. de Bar, le consentement unanime des nations? Mais si cet accord ne répond pas à un besoin, s'il n'est pas conforme à la raison, il ne saurait avoir la puissance de créer un droit », non dirò col Laurent che (2) « si le droit des gens ne se composait que de règles reçues par toutes les nations, sans qu'elles fussent fondées en raison il ne mériterait pas le nom de droit. Notre science est une science rationnelle, et elle cesserait d'être une science si elle ne reposait que sur des faits. Quand une règle est reçue par toutes les nations il faut au moins supposer qu'elle a une raison d'être; ce n'est pas seulement l'utilité, car l'utilité seule n'est pas un principe »: e meno ancora voglio ripetere le parole del Di Stefano (3) che coll'ammettere la regola, perchè essendo universalmente accettata fa parte del diritto delle genti, « non si fa altro che abbassare il livello scientifico »; ha ben ragione il Bar di rispondere loro che su questo terreno non può seguirli. E in fatti che cosa vuol dire essere una regola conforme alla ragione? O s'intende questo requisito nel senso della famosa ragione pura, assoluta, Cartesiana, o nel senso della *naturalis ratio* del diritto romano.

Non posso credere che il Laurent ed il Weiss fondino il loro ragionamento sulla prima ipotesi ed accogliendo una dottrina di filosofia di diritto ormai respinta vogliano negare carattere e valore giuridico ad una regola perchè non è conforme a quella pretesa ragione astratta, assoluta, immutabile che dovrebbe star di casa nel cuore e nel cervello di ogni uomo, ma che viceversa nel fatto è troppo astratta per sapere in che consista e quando l'umanità possa credere d'averla raggiunta, è tanto poco assoluta ed immutabile che può variare da epoca ad epoca, da popolo a popolo, da individuo ad individuo e che, finalmente, applicata alle scienze giuridiche produrrebbe in vece della certezza la massima incertezza del diritto perchè condurrebbe necessariamente, nella realtà delle cose, a rimettere al giudice la decisione intorno ad una qualità così poco determinata. Se poi intesero, come parrebbe più probabile, la parola ragione nel senso

---

(1) Weiss, *op. cit.*, pag. 253.
(2) Laurent, *op. cit.*, vol. II, § 237.
(3) Di Stefano Napolitani, *op. cit.*, pag. 21.

della *naturalis ratio* del diritto romano e vollero dire che essendo stabilita la regola per unanime consenso di tutti i popoli essa è una regola *juris gentium* e perciò deve corrispondere alla *naturalis ratio*, così che se manca questa ragion naturale la regola non ha valore giuridico, ed errarono pure: perocchè è bensì vero che « *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium* » (1) e che quindi era la *naturalis ratio* quella che avea persuaso *omnes populos* ad accogliere quei principii di *jus gentium*, ma d'altra parte i giureconsulti romani ammettevano che vi fossero dei principii di vero e proprio *jus gentium*, come ad es. la schiavitù, la guerra, ecc., che non corrispondevano affatto ad un concetto di diritto razionale, ideale, filosofico che dir si voglia, ciò che ci dimostra: 1° che quella *naturalis ratio* deve intendersi piuttosto come il convincimento dei popoli nella necessità, nella utilità di certi principii giuridici che nel senso di ragione, di giustizia assoluta; 2° che per conseguenza, ammesso che la regola abbia avuto origine nel modo esposto dal Bar, essa non poteva mancare di corrispondere alla *naturalis ratio* in quel senso più positivo intesa. Tutto ciò che, a mio parere, il Laurent ed il Weiss avrebbero potuto osservare al Bar è, che come questa *naturalis ratio*, questo convincimento dei popoli nell'utilità o nella necessità del *l. r. a.*, dovette sorgere e continuare quando e finchè si attribuì poco credito agli atti non giudiziali e si credette che i giudici della cristianità derivassero tutti la loro giurisdizione dall'imperatore, dovette pure cessare con le mutate condizioni politiche e col cessare del dispregio degli atti privati; e così adesso il principio *l. r. a.* dovrà corrispondere alla *naturalis ratio* derivata da una consapevolezza della sua utilità, da un convincimento diverso da quello che la fece accogliere allora.

Ma lasciando le inesatte confutazioni fatte alla teoria del Bar, a questa limitiamo la nostra attenzione: e anzi tutto fu proprio quello e non altro il modo nel quale la nostra regola cominciò a stabilirsi? L'accurato esame fatto nel capitolo precedente della dottrina degli statutari italiani, mi dispensa, credo, dal ripetere per tale questione cose già dette e mi autorizza insieme a ritenere l'ipotesi del Bar ingegnosa bensì e anche verosimile, ma non completamente rispondente alla realtà delle cose: certo quella fu una delle ragioni per

(1) Gaius, *Institut.*, I, § 1 uguale a fr. 9, D. *de justitia et jure*, 1, 1.

cui si cominciò a riconoscere validi gli atti compiuti secondo la forma locale, ma non già l'unica: per esserne convinti basta ricordare che Alberico da Rosate non dà per giustificare il *l. r. a.*, ch'egli ammette per i testamenti, la ragione che *acta facta*, ecc. (1), che Cino da Pistoia e Pietro da Ravenna dicono valido a Bologna il testamento fatto a Firenze secondo la forma locale, non già per quella ragione ma solo perchè il testamento era stato fatto secondo le disposizioni del diritto comune, a Firenze vigente, superiore in autorità agli statuti particolari (2) basta ricordare che prima di Bartolo il principio *l. r. a.* era controverso e anche dopo di lui si ritenne essere solo facoltativo e non già obbligatorio (3), ciò che non sarebbe certo stato se si fosse stabilito solo per la ragione detta dal Bar, la quale fu bensì ricordata da Bartolo come uno degli argomenti addotti da Guglielmo di Cugneaux in favore della regola, ma non fu certo da lui ritenuta tanto forte ragione da non credere necessario di giustificare il *l. r. a.* come egli fece, in modo tutto differente. È bensì vero che Guglielmo da Cugneaux e Jacopo Buttrigario e Pietro da Ravenna ricordano il principio *acta facta*, ecc. a proposito della forma del testamento, ma questa ragione dai due giuristi espressa è raramente ripetuta dai loro successori. Osservo inoltre che per quanto grande fosse, come crede il Bar, nella seconda metà del medio evo il dispregio per gli atti non ufficiali, questo non arrivò mai al punto da rendere affatto inusitati gli atti privati (4), così che ben raramente si offrisse occasione ai giuristi di discutere intorno alla loro forma; e che gli argomenti di preferenza addotti a sostegno della nostra regola dagli statutari erano piuttosto quei passi del *Corpus juris* da me già esaminati sopra (5), che il principio *acta facta*, ecc. E com'è in fine che gli immediati successori di Bartolo in Italia e in Francia non dicono già semplicemente essere la nostra regola una naturale conseguenza di quel principio, ma cercano in vece in ben altro modo di giustificarla? Com'è che, per citarne uno fra essi, Paolo da Castro, l'accuratissimo riassuntore della teoria degli statutari italiani, va a cercare una spiegazione poco concludente dicendo che *l. r. a.* perchè « *actus*

(1) Ved. sopra cap. I, § 5.
(2) Ibidem.
(3) Ibidem e Lainé, *op. cit.*, vol. II, pag. 397.
(4) Pertile, *Storia dir. ital.*, vol. IV, § 122; vol. VI, § 245.
(5) Cap. I, § 10 e 11.

dicitur nasci ubi nascitur, et, sicut persona ratione originis ligatur a statutis loci originis ita et actus » e non dà quella che, se le cose fossero avvenute come suppone il Bar, i fatti naturalmente e necessariamente gli avrebbero suggerito?

Non posso quindi seguire il Bar quando crede di spiegare unicamente in tal modo lo stabilirsì di quella consuetudine: ma, tolto questo punto di disaccordo, riconosco, contrariamente a quanto sembrano dire il Laurent ed il Weiss, che le deduzioni ch'egli ne trae sono giustissime, perchè credo possibile che una consuetudine possa continuare ad aver forza e vigore durante quattro secoli e più dopo scomparsa la causa che le diede origine (1). Credo che ciò si possa spiegare benissimo con quella, direi, forza d'inerzia nel mondo morale, la quale può far sì che un fenomeno sopravviva alla sua causa: una regola giuridica è stabilita, date alcune condizioni sociali, per ragioni validissime (come sarebbe stato, secondo il Bar, nel caso nostro): le condizioni mutano, le ragioni vengono meno: ma il popolo abituato ad applicare quella regola a quei dati casi e senza certo assurgere ad indagarne l'intima ragione, continua ad applicarla: è comoda, è semplice, e se ne serve: molte volte anche col cessare della ragione prima e immediata che aveva fatto porre quella regola, altra ragione non sorge per farne stabilire una diversa e il giudice o il legislatore che trova essere indifferente una disposizione o l'altra pur che una regola fissa venga riconosciuta, qualunque essa sia, fra la vecchia e una nuova preferisce la prima: e la regola così continua ad aver vigore e sempre più per consuetudine si rassoda, sebbene da lungo tempo manchi la ragione prima e necessaria della sua origine. Non dico certo che ciò sempre avvenga nè, meno ancora, che ciò sia avvenuto per il *l. r. a.* il qual principio, a mio credere, non ebbe soltanto l'origine attribuitagli dal Bar: faccio queste osservazioni unicamente per rispondere al Laurent ed al Weiss i quali, all'opposto di me, non mettono dubbio che quella sia stata la maniera in cui la regola si stabilì, ma combattono poi il Bar, nelle deduzioni che ne trae.

---

(1) Come sarebbe avvenuto, secondo il Bar, per la regola nostra, che stabilita quando e perchè i giudici della cristianità derivavano la loro giurisdizione dall'imperatore, continuò a sussistere anche dopo mutate le condizioni politiche dell'Europa, sebbene la causa che le avrebbe dato origine fosse venuta a mancare.

Ma di ciò basti: io credo che la regola nostra sia sorta, come altrove (1) ho già detto, da un'errata interpretazione di alcuni frammenti del *Corpus juris* e che ad accoglierla abbiano contribuito un criterio generale di opportunità ed utilità come si rileva da Bartolo, e fors'anche, ma solo come causa secondaria e non principale, la ragione addotta dal Bar: inoltre si può credere e meglio dirò poi, che la ragione vera, il fondamento della regola nostra sia stato intravveduto, sentito più che espresso da parecchi giuristi nei vari tentativi fatti per trovare ad essa una giustificazione. Del resto, sia stata originata in uno o nell'altro modo è certo che essa fa parte del diritto consuetudinario ed è utile domandarci: può darle la consuetudine sufficiente fondamento? Certo che essa basta a giustificarla in generale e nei casi nei quali sempre ad essa si fece ricorso: non basta per quelli (e sono parecchi) nei quali l'applicazione sua fu ed è ancora controversa. Ma anche supponendo che controversie circa alla sua applicazione mai vi siano state, l'essere essa fondata sulla consuetudine, non impedisce certo che possa avere altro e ancor più soddisfacente fondamento. Ora questo fondamento giuridico, questa ragione generale e necessaria della nostra regola io credo esista e m'accingo a rintracciarla.

11. Così, respinte quasi tutte le teorie esposte per la sua giustificazione, ammesso che l'utilità e la necessità siano state spesso occasioni della sua origine e del successivo e continuo riconoscimento suo e che la consuetudine possa darle abbastanza soddisfacente giustificazione, lasciata insoluta la questione se il *l. r. a.* sia stabilito per un principio d'ordine pubblico, ci siamo aperta la via per arrivare alla costruzione giuridica del principio di diritto internazionale sulla forma degli atti.

---

(1) Cap. I, § 11. Non riesco a comprendere perchè il Bar (*op. cit.*, n° 118) dica essere al più alto grado inverosimile che i commentatori abbiano potuto erroneamente trovare nel diritto romano la regola nostra, quando non solo gli statutari ma molti scrittori fino alla fine del passato secolo continuarono a citare frammenti del *Corpus juris* in appoggio al *l. r. a.*

CAPITOLO III.

La forma degli atti e il fondamento giuridico della regola *LOCUS REGIT ACTUM*

1. Necessità di esaminare che cosa sia la forma. — 2. Distinzione tra forma e materia. — 3. Differenti forme nei fenomeni dello spirito. — 4. Applicazioni al diritto. — Atti formali e non formali. — 5. Fini della forma. — Assicurare l'esistenza della volontà. — 6. Misurare l'intensità del volere. 7. Facilitare e semplificare l'applicazione del diritto. — 8. Risvegliare l'attenzione. — 9. Eccitare la riflessione. — 10. Garantire dalle frodi. — 11. Dare pubblicità. — 12. Dare esecuzione e prova. — 13. Il simbolo. — 14. Inconvenienti della forma. — 15. Definizione. — 16. Forme abilitanti, interne, ecc. — Forma e formalità. — 17. Carattere delle leggi sulle forme. — 18. Il fondamento giuridico della regola *l. r. a.* — 19. Confutazione delle teorie contrarie.

1. In ogni atto giuridico due elementi devono necessariamente riscontrarsi: l'elemento sostanziale e il formale. Se fra l'uno e l'altro chiara e netta fosse sempre la distinzione e se il concetto di forma, d'elemento formale, fosse da tutti egualmente inteso, certo di molto scemerebbero le difficoltà nell'applicazione della regola *l. r. a.* e le divergenze intorno al fondamento giuridico suo. Un'indagine quindi per noi della massima importanza e che deve necessariamente servir di base alla costruzione d'una teoria giuridica sulla forma degli atti nel diritto internazionale privato, è a punto quella che deve condurci a dare una risposta esauriente alla domanda: che cosa è, in che cosa consiste la forma degli atti giuridici?

E non ci si osservi che questa indagine ci trae fuori dal campo ai nostri studi assegnato, poi che il più delle volte e specie in una questione come quella che abbiamo impreso a trattare, la quale riguarda uno dei principii fondamentali del diritto internazionale privato, credo non pure utilissimo ma assolutamente necessario studiare la forma degli atti per sè stessa e di fronte al diritto privato in genere, prima di prendere in esame i conflitti di leggi che sorgono intorno ad essa. Troppe volte e troppi scrittori di diritto internazionale discutono intorno alla legge che deve regolare un dato rapporto o un determinato negozio giuridico, prescindendo affatto dall'esaminare questo di fronte al diritto civile, quasi lasciando supporre che per unanime

consenso nessuna discussione intorno alla natura o al concetto d'esso vi sia: mentre in vece il differente modo d'intenderlo di fronte al diritto interno a differenti conclusioni nell'internazionale trarrebbe. Ciò poi tanto è più vero nella questione nostra, in quanto che l'occasione a distinguere nettamente in un atto gli elementi formali dai sostanziali non molto frequentemente sorgendo nel diritto interno, perchè in questo tanto gli uni che gli altri sono retti dalla medesima legge, l'attenzione dei civilisti non fu generalmente richiamata su questo punto, mentre nell'internazionale la necessità di rendersi esatto conto di ciò che sia la forma e di distinguerla dalla sostanza sorge ad ogni passo, è in ragione diretta delle frequentissime occasioni nelle quali si deve regolare la sostanza di un atto secondo una legge, la forma secondo un'altra.

2. La distinzione fra forma e sostanza delle cose fu per la prima volta fatta dallo Stagirita. In ogni ente, secondo Aristotile, vi sono due elementi astratti, la forma e la materia: termini correlativi, inseparabilmente uniti nel fatto e nella realtà di ogni concreta individualità, ma pure logicamente separabili e capaci di essere considerati a parte l'uno dall'altro. Però la forma nel linguaggio di Aristotile non significa punto il modo, l'apparenza esteriore delle cose, ma principalmente la natura, l'essenza, il modo interno dell'esser loro. Il passare della materia da un modo ad un altro, come il marmo che riceve dallo scultore forma diversa, fece pensare al filosofo greco che la materia (ὕλη) sia la potenza indeterminata di divenire questa o quell'altra cosa, e la cosa divenuta o l'atto dell'essere sia la forma (μορφή) (1). Tale famosa distinzione, uno dei punti cardinali della metafisica di Aristotile, fu dalla scolastica estesa, cinta di avviluppi inestricabili, trasformata in mille modi e spesso con una sottigliezza che si ha molta pena ad afferrare.

Del resto di questa nozione esclusivamente metafisica della forma poco o nulla ci possiamo servire per la nostra specialissima indagine. Molto più utile ci può essere in vece indagare la nozione positiva della forma delle cose corporali. In tal modo intesa la forma di una cosa è la sua apparenza esteriore, è il modo in cui la cosa e, nei fenomeni fisici, anche il movimento di essa ci si rappresentano.

---

(1) Aristotile, *Metaphisica*, Z, 3, 1029, a. 1-30; *De anima*, II, 1, 412, a. 6, 414, a. 15; *Phisica*, 1, 7, 190, b. 28; Ved. Bain, *Les sens et l'intelligence*, Paris 1874, Append. I^a; Conti, *Storia della filosofia*, lez. 17.

Ad ogni modificazione della cosa nella sua sostanza corrisponde una modificazione della sua esterna apparenza che appunto della mutazione del modo d'essere della cosa rende i nostri sensi avvertiti, e viceversa ad ogni modificazione della forma corrisponde una mutazione nella sostanza: conseguenze queste naturalmente necessarie, essendo che la distinzione fra sostanza e forma è puramente una astrazione; la forma sempre suppone il contenuto; non vi può essere contenuto senza forma, o forma senza contenuto. Come noi parliamo di estensione ma non concepiamo una estensione senza una forma, così noi parliamo di materia ma non possiamo mai concepirla senza la forma; tuttavia distinguiamo astrattamente la cosa, la materia che esiste da questa condizione in cui esiste e di cui abbiamo bisogno per rappresentarci la cosa.

Mediante una astrazione noi possiamo dunque distinguere la materia dalla forma negli oggetti materiali; ma si può pure questa distinzione fare nei fenomeni dello spirito? Hanno questi pure, come le cose, un modo esterno di manifestazione, una forma? Certo che sì. I pensieri, i sentimenti, la volontà hanno tutti uno o più modi di manifestazione, uno o più mezzi per acquistare una espressione, una esistenza esteriore. C'è differenza fra la mia rappresentazione e l'atto con cui altrui la manifesto, fra il mio sentimento e il mezzo con cui ad altri lo esprimo, fra la mia volontà e il modo con cui la rendo effettiva. Nè il mio pensiero, il mio sentimento, il mio volere hanno la loro espressione, la loro manifestazione, neppure la loro esistenza di fronte agli altri individui, se io non li manifesto, non li esprimo, non li rendo effettivi in uno o in altro modo. In questo senso giustamente si dice essere la parola la forma del pensiero, in questo senso possiamo affermare avere anche i fenomeni dello spirito, come gli oggetti corporali e i fenomeni fisici, un modo di manifestazione, una forma.

Continuando in questo esame facilmente altre osservazioni si potrebbero fare: si potrebbe cioè notare che alle volte può non esserci una diretta corrispondenza fra il pensiero e la sua forma, come ad esempio avviene se io ad altri affermo cosa che so non esser vera, o dico ciò che non penso, o esprimo una volontà che realmente non ho, o per errore mio o allo scopo di indurre in errore e ingannare gli altri. Si potrebbe pure osservare che le idee, la volontà, i sentimenti hanno una anteriore forma di fronte all'io, anche non essendo esteriormente espressi, perchè in un certo modo

si rappresentano a chi li prova nel momento in cui nascono. Ma dovendo la nostra ricerca dal campo della psicologia condurci nel campo del diritto a parlare della volontà giuridica, la quale per esistere e portare i suoi effetti deve avere un netto ed esplicito modo di manifestazione ed alla quale il diritto oggettivo concede determinati effetti giuridici, anche se diretta relazione non corra fra la dichiarazione di volontà dell'agente e il suo interno volere, che, come tale, non potrebbe aver effetti nel mondo esteriore, possiamo omettere di soffermarci in queste ed altre sottili distinzioni, le quali inutilmente troppo lungi ci trarrebbero.

Ciò che in vece non è affatto inutile di notare si è che tanto nella distinzione fra forma e materia degli oggetti materiali come in quella dei fenomeni dello spirito la distinzione, la differenza fra forma e sostanza non ha una esistenza reale, non è che una semplice astrazione. Giustamente dice lo Ihering che la forma è il contenuto dal punto di vista della sua visibilità. È esatto il dire che la parola è la forma del pensiero: ma che cosa è la parola senza il pensiero? E d'altra parte che cosa è il pensiero senza la parola? Di questa abbiamo bisogno non solo per manifestare ad altri il pensiero nostro, ma anche per rappresentarlo a noi stessi. « Se la linguistica ha provato qualche cosa, dice il Max Müller (1), essa ha provato che un pensiero non può svolgersi che per mezzo di parole. Non ci è pensiero senza parole, come non ci sono parole senza pensiero. Noi possiamo per astrazione distinguere fra la parola e il pensiero, ma non possiamo mai separare l'una dall'altro senza distruggerli ambedue ».

3. La differenza fra la forma e la sostanza tanto può dunque esser osservata nelle cose corporali, come nei fenomeni dello spirito. Ma mentre ogni speciale oggetto ha la sua forma e non altro che quella forma, nella espressione in vece dei sentimenti, delle idee, della volontà possiamo avere forme molteplici, infiniti mezzi di manifestazione di un identico sentimento, del medesimo volere, o dello stesso pensiero: e tanto più chiaramente io dovrò questo esprimere altrui, quanto minore è la consuetudine di vita nella quale colui cui lo comunico si trova con me, quanto meno il suo pensiero si aggira nello stesso ambito del mio, e l'animo suo è dalle stesse passioni o sentimenti scosso e la sua mente dalle stesse cognizioni della mia fornita; così che un mio pensiero che per essere espresso a Tizio deve essergli

(1) Max Mueller, *Lectures on the science of language*, I, 307.

con molte parole e spiegazioni esposto, può in modo egualmente completo, nella sua perfetta integrità essere a Caio comunicato con un semplice moto dell'occhio, con un gesto o con qualche altro minimo mezzo.

E ciò appunto perchè la possibilità della comunicazione intellettuale non dipende necessariamente dalla riproduzione oggettiva del pensiero. È erroneo il credere che la parola o la serie di parole, con cui per convenzione usuale si designa un determinato pensiero mio, trasmetta questo ad altri: essa non fa che riprodurre nella mente dell'uditore un movimento intellettuale simile a quello che provo io, non fa che provocare una vibrazione nel cervello dell'altro che gli permetterà di ricostruire il pensiero mio. Il nome non è il semplice suono che vibra nell'aria e scuote il nostro orecchio o l'unione di lettere che anneriscono la carta e colpiscono il nostro occhio, non è neppure queste lettere mentalmente percepite o quel suono mentalmente pronunciato, non racchiude in sè e non porta fino a noi il pensiero, non è altro che quel suono o quelle lettere dotate della qualità di produrre, quando le possiamo comprendere, una vibrazione del nostro spirito più o meno conforme a quella dello spirito di colui che parla o che scrisse (1). « La parola, in somma, non è una cosa oggettiva, un oggetto, non è l'idea incatenata nella sua obbiettività: fisicamente ed intellettualmente non è altro che un fatto, un atto, un'azione sull'udito e sul cervello, una scossa che l'uno produce per mettere nell'altro questi due organi in una determinata attività » (2). Ora quando questo effetto può essere prodotto senza la parola, col mezzo di un segno, di un gesto, di uno sguardo, il risultato sarà identico: che quel dato pensiero ch'io voglio risvegliare nel mio interlocutore, sia risvegliato col mezzo di un gesto o di una parola, uno di questi mezzi sarà imperfetto, l'altro perfetto, ma agiscono nello stesso modo: nè l'uno nè l'altro trasporta il mio pensiero, ma tanto l'uno che l'altro può produrre un identico effetto nel cervello della persona cui mi rivolgo,

---

(1) Cfr. la definizione che lo HOBBES dà del nome nel cap. II del suo *Calcolo* o *Logica* accettata anche dallo STUART-MILL (*Système de Logique*, liv. I, chap. II, § 1) e dal TAINE (*De l'Intelligence*, liv. I, chap. II, IV): « Un nome è una parola presa a volontà come un segno che può suscitare nel nostro spirito un pensiero simile a qualche pensiero che abbiamo già precedentemente avuto, e che essendo proferita davanti agli altri uomini è per essi un segno del pensiero che aveva nello spirito l'interlocutore prima che lo proferisse ».

(2) IHERING, *Espr. Dr. Rom.*, tom. III, liv. II, § 49.

farle sorgere lo stesso pensiero. È questa la prova migliore che per l'espressione de' sentimenti, del volere, del pensiero non c'è un solo speciale mezzo determinato, che i fenomeni dello spirito non hanno forme speciali, ma forme infinite più o meno sensibili.

4. Ora, giunti a questa conclusione, vediamo quale possa essere la sua applicazione alle quistioni giuridiche che ci interessano.

I fatti più notevoli che producono la nascita e la estinzione dei diritti sono senza dubbio gli atti umani volontari. Distinti questi nelle due grandi categorie di atti leciti ed atti illeciti, nella prima categoria occupano il posto principale quelli che son chiamati negozi giuridici, i quali sono le manifestazioni di volontà dirette essenzialmente a uno scopo giuridico, cioè a dar vita, a sciogliere od a mutare un rapporto di diritto.

Ora la volontà, tanto intesa a produrre effetti giuridici che no, se non ha preventivamente assegnato il modo esclusivo di manifestarsi per produrre le conseguenze cui tende, può, per quanto sopra dicemmo, in infiniti differentissimi modi estrinsecarsi. Ma d'altra parte il diritto non può riconoscere effetti alla volontà se non in quanto essa sia espressa in modo evidente, sensibile. Fra gli uomini si deve giudicare in base a quello che consta, non in base a ciò, che pure essendo, ad altri non consta: ogni cosa deve civilmente constare affinchè si possa dire che civilmente esiste. Perchè il diritto dunque ammetta l'esistenza della volontà giuridica e ad essa riconosca gli effetti che è intesa a produrre, bisogna che sia possibile di riconoscerla, e solo la sua esteriore espressione può farla riconoscere.

Ciò essendo, il diritto in tre gradi differenti, a seconda dei vari negozi giuridici, della varia loro importanza e delle sociali esigenze può e deve limitare la libertà dell'agente nella scelta della forma da dare alla sua volontà, perchè questa assuma un chiaro ed esplicito modo di manifestazione tale da farla riconoscere civilmente esistente. Il diritto cioè:

o lascia all'agente circa al mezzo di esprimere il suo volere nell'atto giuridico una piena libertà, di modo che qualunque forma la volontà assuma, tanto la parola quanto il segno, o un gesto o anche il silenzio, sia propria a raggiungere l'effetto cui tende: basta che il contenuto di codesta volontà possa essere chiaramente percepito;

o restringe relativamente la libertà dell'agente nella scelta dei mezzi di manifestazione della sua volontà, in modo positivo concedendogli di esprimerla in una o in altra maniera scegliendo fra un

certo numero di forme diverse, pure preventivamente determinate ed esclusive, o in modo negativo non concedendo cioè effetti giuridici alla sua volontà se espressa in un certo modo speciale, come con una dichiarazione tacita, o con una dichiarazione verbale o altrimenti;

o finalmente restringe assolutamente la libertà dell'agente, imponendo in modo completamente esclusivo una determinata forma alla sua volontà, così che il suo atto volitivo senza quella forma rimanga senza effetto, che l'atto senza quella forma compiuto sia giuridicamente inesistente.

Questi tre gradi di libertà lasciati dal diritto all'agente dànno origine quindi a tre generi di forme giuridiche che si potrebbero chiamare *forme libere* quelle del primo grado, *semi-libere* o *relativamente libere* quelle del secondo, *non-libere* quelle del terzo.

Soltanto le forme non libere costituiscono la nozione dell'*atto giuridico formale;* le forme libere e quelle semi-libere dànno origine in vece ad *atti giuridici non formali* o *informi.*

L'*atto giuridico formale* potrebbe dunque così definirsi: *l'atto nel quale l'inosservanza della forma giuridicamente prescritta per la manifestazione della volontà reagisce su l'atto stesso.*

E l'*atto giuridico non-formale* così: *l'atto nel quale la manifestazione della volontà è più o meno libera quanto alla sua forma* (1).

Ma a questo punto una palese contraddizione ci arresta: dopo aver affermato che non vi può essere un pensiero, un sentimento o un atto volitivo senza forma, ora ci troviamo di fronte ad atti da noi stessi chiamati non-formali od informi. La contraddizione è solo apparente: la mia volontà non può mai esser priva di forma naturale, ma può esser priva di una forma che produca gli effetti giuridici voluti. Il termine di fronte al quale si studiava la forma è stato cambiato: prima si parlò della forma della volontà relativamente al modo naturale di manifestazione; adesso in vece relativamente al modo giuridico. Lo scambio de' termini spiega l'apparente contraddizione. Prima avevamo preso la parola forma della volontà, nel suo più largo significato; adesso chiamando atti non formali quelli dei quali la forma della volontà è più o meno libera, diamo a quella parola un significato

---

(1) In queste definizioni seguo lo IHERING (*op. cit.*, vol. III, § 50), di cui, in questo punto fondamentale del mio lavoro, tengo presente la teoria sul formalismo, pure qua e là spesso scostandomene. Cfr. vol. III, § 48-52.

più ristretto. Nel qual giuridico ristretto significato d'ora in avanti la adopereremo sempre.

Concludendo, in somma, per distinguere un atto formale da uno non formale non bisogna già considerare la forma nella sua esteriorità, ma nel suo carattere giuridico interno, nella sua necessità giuridica. Le parti possono nella conclusione di un certo negozio giuridico aggiungere un gran numero di testimoni, circondar l'atto di mille formalità, ma per questo l'atto non diventa formale se quei testimoni e quelle formalità non erano richieste dal diritto sotto pena di nullità. D'altra parte invece la semplice conclusione verbale d'una convenzione dà a questa il carattere di atto formale, se la conclusione verbale era la forma dal diritto per quella convenzione prescritta.

5. Ma oltre al fine generale e principale che per mezzo della forma si raggiunge, quello cioè di far risultare chiaramente la giuridica volontà, quale altro scopo ha la forma, quali vantaggi offre? Quale funzione sociale compie? Quali conseguenze produce di fronte alle parti e ai terzi? Non solo, ma siccome il diritto non è una mera creazione arbitraria del legislatore, com'è che spontaneamente sorse nelle civili società questo bisogno di non attribuire effetti giuridici alla volontà se non espressa in quel modo, com'è che venne così naturalmente limitandosi la libertà individuale? Come e perchè tanta differenza di forme da popolo a popolo, da tempo a tempo e come nello stesso Stato e nell'epoca stessa tanta differenza fra la forma di un atto e quella di un altro? In somma a che tende, in che consiste, a che cosa provvede, che carattere ha, che è nel suo più completo e profondo significato la forma degli atti?

A un fine massimo per mezzo della forma tende il legislatore: a quello di prevenire le controversie e di risolverle nel modo più conforme a giustizia nel caso che già siano sorte. In che modo faccia la forma questo fine raggiungere andremo qui sotto attentamente indagando.

Prima di tutto ricordiamo quanto abbiamo già osservato, essere cioè necessario, per dire che un negozio giuridico esista, che la volontà intesa a produrlo sia manifesta: ma poniamo che tale manifestazione non sia dalla legge vincolata a nessuna forma; quali conseguenze ne deriverebbero al commercio giuridico?

Vediamolo praticamente prendendo ad esempio una obbligazione contrattuale, l'atto con cui una persona s'è obbligata ad una certa

prestazione verso un'altra. Si potrebbe dire che quando tra quelle due persone vi fu consenso intorno alla obbligazione stessa, una di esse ha il diritto di esigere dall'altra la prestazione convenuta; e ciò infatti si dice nella trattazione scientifica del diritto: ma nulla di più assurdo che lo scrivere in una legge un articolo simile senz'altro. Per riconoscere l'esistenza di quel consenso il giudice sarebbe chiamato a risolvere col suo nudo criterio e senza norme prestabilite una serie di quistioni tanto gravi che sarebbe come ridurre tutto in quella incertezza che dal diritto appunto si vuol tolta di mezzo (1).

Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias, scriveva rettamente Cicerone, *leges quatenus manu tenere possunt, philosophi quatenus ratione et intelligentia*, e perciò appunto la legge prescrivendo una forma per quel contratto, pone il giudice in condizione di conoscere se realmente il consenso vi fu.

Non solo, ma siccome non si può dire che consenso vi sia senza la concordanza delle volontà, è utilissimo che questa indubbiamente risulti: ed anche a ciò la forma spesso soccorre; così l'antico diritto romano prescriveva che nella stipulazione le parti ripetessero i medesimi termini, *spondesne? spondeo, dabisne? dabo*, ecc.; così il diritto nostro prescrive che ambidue gli sposi dichiarino di volersi prendere rispettivamente in marito e moglie, che le parti tutte debbano apporre la loro firma in tutti i fogli dell'atto notarile, ecc.

6. Altro vantaggio che la forma offre è quello di permettere che possa esser misurata l'intensità del volere. Se per generare un'obbligazione bastasse il consenso comunque manifestato, senza che la sua dichiarazione dovesse farsi con certi mezzi dalla legge prescritti, il giudice si troverebbe poi nella difficilissima condizione di dover in ogni singolo caso esaminare se la dichiarazione corrisponda realmente a una volontà tanto determinata e forte da essere diretta ad ottenere quegli effetti giuridici. « Una decisione sopra cose importanti, scrive il Savigny (2), raramente potrà dirsi maturata tutta in una volta. Suole ad essa precedere uno stato di indecisione, e la transizione da questo a quella si fa per gradi successivi ed impercettibili, sicchè il distinguer questo dal pieno volere può essere altrettanto difficile quanto pure è necessario per il giudice che più tardi dovrà decidere ». In questo

(1) Cfr. Scialoja, *Dir. pos. ed equità*, pag. 9; Ihering, *op. cit.*, vol. I, pag. 54 e seg., vol. III, pag. 178 e seg.; Burckhard, *System d. öst. Privatr.*, § 94.

(2) Savigny, *Sist.*, vol. III, § 130.

caso la forma è preziosa perchè non lascia alcun dubbio sul carattere definitivo della risoluzione, sul senso di parole che, pur per sè stesse sufficienti ad esprimere la volontà piena, potrebbero essere state adoperate come espressioni dello stato di indecisione che era soltanto in via di tramutarsi in futuro in una vera volontà.

Inoltre poi le parole realmente adoperate dall'agente come espressione di piena e completa volontà potrebbero essere suscettibili di essere intese come esprimenti solo l'intenzione più o meno forte di volere. Giustamente osserva il Ihering (1) che qualunque sia la distanza che separa in principio l'atto giuridico dagli atti preparatorî, per quanto grande sia in teoria la differenza fra il manifestare il progetto di volersi obbligare e lo incatenare realmente la sua volontà, vi sono dei casi in cui la distinzione è molto difficile a stabilire. Per es. voglio legarvi, vendervi, donarvi una data cosa può significare: *vi lego*, *vi vendo*, *vi dono* codesta cosa, oppure *mi obbligo* a legarvela, vendervela, donarvela entro un certo tempo o anche *ho l'intenzione* di legarvela, ecc., e ve ne informo.

Quando le forme siano prescritte dalla legge, lo esprimere l'intenzione di volere non presenta nessun pericolo e l'agente è sicuro che la sua volontà ottiene realmente l'effetto cui tende: se nessuna forma è prescritta, l'intenzione potrà sempre essere confusa con la volontà, e una volontà espressa come matura potrà essere considerata come una semplice manifestazione di una intenzione o viceversa.

La facilità e la sicurezza della diagnosi giuridica, come la chiama il Ihering, ecco uno dei grandi vantaggi della forma. Senza di esse come si potrebbe nel testamento risolvere la questione se e in qual modo Mevio ha disposto della sua successione? Si arriverebbe facilmente a prendere per disposizione d'ultima volontà ogni sua dichiarazione relativamente a disposizioni che aveva intenzione di fare più tardi. Un confronto fra il diritto romano e il nostro ci rende anche più chiaro questo vantaggio della forma: la questione di sapere se una persona inscritta in un testamento sia secondo l'intenzione del testatore erede o legatario, può presentare delle gravi difficoltà nel diritto moderno; per il giudice romano erano completamente tolte per la forma differente che aveva l'istituzione d'erede dai legati.

E quello che dissi del testamento e delle obbligazioni si può ripetere per il matrimonio, perchè, se non avesse una forma, il giudice

(1) IHERING, *op. cit.*, vol. III, pag. 179.

potrebbe facilmente scambiare per dichiarazione di volontà diretta a conchiuderlo qualche trattativa precedente il matrimonio che potrebbe forse nella forma esser del tutto simile a quella dichiarazione: e di questa incertezza ne è un esempio la questione de' canonisti circa i criteri secondo i quali si dovrebbe distinguere la dichiarazione diretta alla conclusione degli *sponsalia de futuro* da quella diretta alla conclusione degli *sponsalia de presente*.

Col mezzo della forma quindi si può misurare l'intensità del volere; essa è dunque il « sigillo della volontà giuridica maturata; è per gli atti giuridici quello che è l'impronta per la moneta » (1); concede inoltre alle parti la possibilità di determinare esse stesse il momento nel quale il negozio giuridico è generato: cosa che ottengono col servirsi in quel momento della forma legale e coll'usarne prima qualsivoglia altra.

7. Ma alle parti ed al giudice dalla forma altri vantaggi derivano. Supponiamo pure che nella conclusione di un negozio giuridico vi sia la perfetta concordanza nelle volontà dei vari contraenti, questa sia perfettamente giunta a maturità e che il modo nel quale esprimono il loro consenso sembri a loro chiarissimo: ma essi molto spesso non hanno coscienza della sottile distinzione giuridica secondo la quale quell'atto può essere giuridicamente differente da un altro cui forse in apparenza può essere simile o quasi e quindi della necessità di prevenirne con opportune parole la confusione; non conoscono sovente tutto il sistema che il legislatore per quell'atto cui vogliono dar origine ha scritto nel Codice, nè lo svolgimento e l'integrazione datagli dalla giurisprudenza; così che può avvenire che un atto creduto concordemente dalle parti di una natura, si presenti al giudice con veste tale da fargli in esso riconoscere un atto di natura affatto differente. La forma quindi, specialmente quella con intervento di un pubblico ufficiale, ha in tal caso due fini: primo quello di far conoscere alle parti la natura dell'atto che compiono e le disposizioni del diritto positivo ad esso relative, l'altro poi di far sì che il giudice possa tosto riconoscere che negozio sia e ad esso applicare le norme per esso dal legislatore stabilite. Se oggi tante e tante questioni si

(1) Ihering, *op. cit.*, vol. III, pag. 178; Cfr. inoltre su questo punto Scialoja, *op. cit.*, loc. cit.; Savigny, *op. cit.*, loc. cit.; Serafini, *Nul. atti giur.*, pag. 8 e seg.; Vitali, *Cenni gener.*, capo IV; Ferrarini, *La forma negli atti giur.*, n[i] 1 e 2; Romagnosi, *Prime mat. e quest. sulla forma dei test.*, cap. I.

agitano davanti ai tribunali per l'interpretazione degli atti, quanto più sarebbero se non vi fosse per essi una forma! — Anche in questo senso quindi ha la forma l'ufficio di facilitare, di semplificare e quindi di accelerare l'applicazione del diritto, di assicurarne inoltre la realizzazione.

8. D'altro genere ma importante pure è un'altra delle funzioni della forma, quella di facilitare, di provocare anzi ne' contraenti il rinascimento dell'imagine dell'atto conchiuso, di impedire al meno o render difficile l'indebolirsi o cancellarsi dell'imagine stessa. Una ben conosciuta legge psicologica facilmente può spiegarcela.

Delle mille e mille sensazioni che continuamente proviamo, noi d'ordinario conserviamo l'imagine per un tempo brevissimo: poi altre sensazioni ricorrenti fanno scomparire quella imagine nel grande mare de' nostri ricordi. Ma in molti casi, specie se la sensazione è stata importante e notevole, l'imagine dopo una più o meno lunga soppressione con maggiore o minore vivacità risuscita spontaneamente. Ciò avviene perchè l'impressione primitiva è stata accompagnata da un grado d'attenzione intensa e straordinaria, sia perchè la sensazione è stata piacevole o dolorosa, o completamente nuova e sorprendente, o perchè è durata a lungo o più volte si è ripetuta. Qualunque sia la specie d'attenzione, volontaria o involontaria, essa opera sempre nello stesso modo: l'imagine di un oggetto o di un avvenimento è tanto più capace di resurrezione e di resurrezione completa, quanto più si è considerato l'oggetto o l'avvenimento con maggior attenzione. In quel momento d'attenzione avviene l'annullamento più o meno universale e completo di tutte le sensazioni, imagini o idee a profitto d'una sola: questa è persistente e assorbente, prodotta e prolungata con tutta la forza che d'ordinario si disperde in parecchie. Questo ascendente esclusivo e momentaneo d'una sensazione spiega la sua attitudine a rinascere e a rinascere più intatta. La sensazione risuscitando nell'imagine, questa ritorna più forte, quando la sensazione fu più forte (1).

Tale è appunto una delle funzioni della forma degli atti: di render più viva la sensazione delle parti, di richiamare e tener fissa la loro attenzione nel momento in cui l'atto si compie, d'impedire quindi che l'imagine d'esso, la memoria del vincolo incontrato svanisca o indebolisca. Indipendentemente dalla superiorità che per molte altre

---

(1) Cfr. TAINE, *De l'intelligence*, liv. II, chap. II.

ragioni ha l'atto rivestito di forme da quello che non lo sia, questa senza dubbio ha: che le parti facilmente dimenticheranno nel suo senso e più facilmente ancora ne' suoi termini esatti un atto concluso senza nessuna forma che uno di una forma rivestito: in questo la presenza dei testimoni, l'intervento di un pubblico ufficiale, il luogo dov'è compiuto, le formule che devono essere pronunciate, l'esattezza dei termini con cui la volontà si esprime, la coscienza che lasciando qualche formalità il volere può non avere effetto e tutte le altre circostanze che rendono la conclusione di un atto qualche cosa di differente da ciò che ordinariamente avviene nella vita, dal modo in cui si è soliti ad esprimere la propria volontà producono una forte sensazione, richiamano intensamente l'attenzione che più completa ed intensa farà sorgere l'imagine dell'atto in tutte le sue particolarità; appunto perchè nella lotta per la vita che continuamente si agita in noi fra tutte le nostre imagini, quella che alla sua origine è stata dotata di maggior energia conserverà in ogni conflitto la capacità di sopravvivere alle rivali.

9. L'attenzione poi cui per mezzo della forma son richiamate le parti producendo l'effetto che lo spirito loro, per così dire, si costituisca per un certo tempo in uno stato fisso e determinato nel quale le sollecitazioni in senso contrario, le diverse tendenze che condurrebbero ad un altro stato, le altre idee e sensazioni che aspirano a prodursi rimangono allo stato nascente, un altro bene produce. « Nell'interesse della prosperità del commercio giuridico è necessario, scrive il Savigny (1), che gli atti giuridici non siano conclusi con precipitazione ma con prudenza e riflettendo maturamente a tutte le conseguenze che ne deriveranno ». La forma che tanto risveglia l'attenzione de' contraenti e ad un punto solo, all'atto giuridico, fa convergere tutte le tendenze e le facoltà dello spirito loro, serve in tal modo ad eccitare la riflessione, ad impedire ogni precipitosa risoluzione, rivelando alle parti l'importanza e il significato della loro determinazione. Questo scopo può essere in molti modi raggiunto: con l'intervento di un pubblico ufficiale, di un giudice o notaio che informi preventivamente le parti delle disposizioni della legge a quell'atto relative, coll'uso di formole immutabili, con la convalidazione giurata della volontà, col render obbligatoriamente lenta la conclusione del negozio od altrimenti: ma qualunque sia la forma,

---

(1) Savigny, *Obligat. Recht.*, II, pag. 219.

semplice o complicata, rapidissima o lentissima, il solo fatto che soltanto di quella forma si può servirsi per creare quell'atto basta per impedire quella precipitazione e leggerezza che si vogliono evitate: anche una sola parola può bastare; « quando la formola *spondesne* risuonava nel corso di una conversazione, un orecchio romano era avvertito che il discorso, fino a quel momento non giuridico ma amichevole, assumeva il carattere d'affare: quella parola era il segno d'un atto di natura e significato giuridico. Colui che aveva dato delle assicurazioni, con la parola *spondesne* era messo al punto di spiegarsi intorno alla natura delle sue asserzioni, delle sue assicurazioni, di rappresentarsi l'oggetto, la portata, le conseguenze della stipulazione che si domandava da lui. Quella semplice parola racchiudeva il *risveglio della coscienza giuridica* » (1). Analogo ufficio hanno oggi anche nel discorso famigliare le parole *prometti* o *giura*, con cui si richiama l'attenzione dell'interlocutore a dare il carattere di serietà ad un impegno che prende o ad una affermazione che fa.

In questo senso la forma è una cautela legale e una garanzia contro la leggerezza e quindi anche contro la frode.

10. E non solo in questo modo la forma è una garanzia contro la frode, ma per mezzo anche delle altre sue funzioni assicura la libera e sincera manifestazione della volontà. Abbiamo veduto come la forma renda facilmente sicuro il giudice della esistenza della volontà e, se consenso vi deve essere, della concordanza del volere e quindi impedisce così che si possa far credere aver io fatto un atto volitivo che realmente non feci; come permetta di misurare l'intensità del volere e quindi evita che si dimostri come mia volontà matura quella che altro in me non era che intenzione, o che si possa interpretare una mia parola in senso differente da quello datole da me; come faccia conoscere alle parti la natura dell'atto che compiono e rende difficile quindi che mi si induca in errore e sorprendendo la mia buona fede mi si faccia compiere un atto di conseguenze più gravi di quello che credo di compiere; come renda viva la memoria del negozio compiuto e toglie quindi la possibilità che io non rammentando disponga due volte successivamente della stessa cosa; come richiami l'attenzione e pone per ciò un ostacolo a che si approfitti d'una mia leggerezza o d'un momento di distrazione per farmi obbligare senza averne coscienza, ecc. ecc. Inoltre poi la forma non raggiunge solo

(1) IHERING, *op. cit.*, vol. III, pag. 182.

indirettamente questo scopo, ma direttamente e quasi esclusivamente per esso alle volte è prescritta. Alle volte infatti è prescritto l'atto pubblico per assoggettare quasi ad un controllo alcuni negozi giuridici che per esser fatti fra certe persone o in determinate circostanze possono far nascere il sospetto di essere il risultato di ingiuste influenze altrui o del rapporto di soggezione in cui una persona sta verso un'altra: questa, se non l'unica, è certo una delle ragioni per cui è obbligatorio l'atto pubblico per l'autorizzazione maritale e per la donazione secondo il codice nostro, per la donazione tra coniugi dove questa è permessa, per certi contratti tra sposi secondo le leggi austriache (1), ecc., ecc.

11. Pure allo scopo di prevenire le frodi, di impedire cioè che io disponga delle cose mie ledendo i diritti di terzi interessati o nasconda ai terzi con me contraenti le condizioni mie e del mio patrimonio, serve la forma dando pubblicità a certi atti, i quali molto spesso, se non sempre, rimarrebbero segreti se in una forma speciale non fosse obbligatorio compierli. In molti casi anzi questa della pubblicità è una delle funzioni più importanti che dal legislatore è alla forma attribuita, così che nella storia del diritto troviamo spesso, appena tolta pubblicità ad un atto, sostituito a questa qualche istituto per garantire i terzi, e anche qualche negozio, per la cui validità era necessario un atto pubblico, poter essere concluso senza forma affatto se in altro modo esso era reso noto a tutti. Il diritto romano ci può dare un esempio così del primo caso come del secondo: in grazia della pubblicità dell'arrogazione, a Roma, i creditori d'un debitore che volesse lasciarsi arrogare, avevano occasione di far valere in tempo utile le loro pretese. Fu solo quando le arrogazioni più non si fecero davanti all'assemblea del popolo e questo mezzo di sicurezza che si trovava nella forma disparve, che fu necessario creare pei creditori un modo particolare di protezione (*in integrum restitutio propter capitis deminutionem*) (2). Così, pure a Roma, mentre la vendita di cose *mancipi*, il contratto di pegno, la costituzione di obbligazioni dovevano esser fatte con forma pubblica, troviamo lo Stato, se contraente, libero dalla forma della mancipazione nelle vendite di cose *mancipi*, libero dalla forma della fiducia nei pegni, libero da quella dell'atto *per aes et libram* nella costituzione di obbligazioni: e ciò

---

(1) Legge 25 luglio 1871 n° 76; *R. G. B.*, § 1, lett. *b* e *c*.

(2) Ihering, *op. cit.*, vol. III, pag. 184.

perchè sebbene la presenza dei cinque testimoni, del libripende, dell'antestato, la necessità di pronunciare certe formule fossero condizioni di pubblicità, esistendo le quali soltanto lo Stato garantiva l'efficacia dell'atto, pure, quando lo Stato era contraente, essendo esso concepito a Roma come il *populus* sovrano senza che in esso fossero distinte come oggi sono le funzioni d'ordine politico da quelle di carattere privato, mancava la necessità della garanzia della forma pubblica ad atti che erano pubblici pel fatto che non alcuni testimoni ma il popolo stesso nella persona del suo magistrato v'interveniva (1). Questi esempi ed altri che facilmente si potrebbero riscontrare nella storia del diritto di tempi a noi più vicini ci dimostrano chiaramente come il dare pubblicità agli atti sia una delle più importanti funzioni della forma.

12. Alle volte poi la forma, oltre ai molti altri uffici finora esaminati, può aver anche una funzione esecutoria munendo gli atti di essa rivestiti di pubblica sanzione, così che essi possano indipendentemente da un riconoscimento giudiziale ottenere effetto col concorso di pubblici poteri (2): nel mentre favorisce così la semplicità e la rapidità nell'applicazione del diritto.

Quando poi in fine il negozio giuridico sia concluso, la forma di cui fu rivestito altro ufficio ancora compie: quello di darne la prova, di render sicure le parti della irrevocabilità sua, della efficacia del loro volere, di fissare insomma con sicuri mezzi il contenuto della volizione e mantenerlo integro e inalterato per l'avvenire in caso di diniego o di contestazione. Sebbene a questo fine tendano più o meno tutte le forme, senza dubbio lo raggiungono meglio alcune che altre: le scritte meglio delle orali, gli atti pubblici meglio che le scritture private, sia perchè l'atto giuridico meno facilmente sarà fissato nella mente delle parti e dei testi, se concluso oralmente, di quello che se risultante da documento, sia perchè le tracce che lascia l'atto saranno più durevoli nella forma scritta e ancor più nella autentica che nella orale, dipendendo in questa esclusivamente dalla vita e dalla memoria delle parti e de' testimoni, sia infine perchè in caso di contestazione è più facile e comodo ricorrere al documento che agli individui che furono presenti alla conclusione. Inoltre se è facile

---

(1) Ascoli, *Dell'infl. dello Stato*, ecc., pag. 17 e seg.

(2) Art. 554 e seg. Cod. proc. civ. analoghi agli art. 545 e seg. Cod. proc. civ. francese.

conservare la memoria del senso generale dell'atto, della natura giuridica sua, della cosa che fu oggetto di quel negozio, è spesso difficile, alle volte impossibile, sempre pericoloso affidarsi completamente alla memoria per ritenere alcune disposizioni dell'atto secondarie ma pure importantissime, quali la data precisa, le condizioni apposte, le cifre e tutte quelle minutissime disposizioni che spesso un atto contiene.

Arrogi che con la forma scritta può essere mantenuto il segreto dell'atto, risultato certo meno facile ad ottenere con la forma orale. È bensì vero che la forma segreta può tutelare maggiormente l'interesse delle parti a danno forse de' terzi e la forma pubblica risponde meglio ai bisogni del commercio giuridico ed è più favorevole all'interesse dei terzi, anzi tanto può favorirlo da diminuire o togliere del tutto la libertà dei disponenti o contraenti; ma a ciò appunto provvede con altro suo ufficio la forma che, distinguendo fra negozio e negozio, sarà segreta per quelli dove è necessario tutelare completamente la piena libertà dell'agente dalle violenze o influenze altrui, come nel testamento; sarà obbligatoriamente pubblica in altri nei quali il segreto lederebbe i diritti dei terzi sull'oggetto del negozio e potrebbe essere occasione a frodi, come per es. nel trasferimento della proprietà immobiliare.

13. A mio credere poi la forma scritta e quella anche se non scritta, solenne, rispondono al sentimento intimo della natura umana di voler concretato in cosa sensibile un rapporto astratto. È quel desiderio della manifestazione esterna e sensibile, è quel bisogno, quasi lo chiamerei del positivo, della plasticità delle idee giuridiche, che con energia meno o più forte secondo i progressi dello spirito umano si fa tuttavia sentire in tutte le epoche così in quelle di barbarie che in quelle di civiltà. E forse nella coscienza popolare la solennità del matrimonio, la consegna delle chiavi nella tradizione, la stretta di mano considerata come momento di perfezione del contratto, specie per la vendita degli animali, in molte consuetudini giuridiche locali, gli stessi atti notarili compiono una funzione d'una certa importanza che sfugge facilmente all'attenzione del giurista troppo abituato a considerare quelle forme come rispondenti ad altri più materiali bisogni sociali; la funzione intendo di incarnare concretamente il rapporto astratto, questa fluida sostanza giuridica in cosa materiale che quello faccia esteriormente apparire.

Spinto questo bisogno al più alto grado (1), com'era naturale che avvenisse nell'infanzia dei popoli quando l'imaginazione prevaleva, rinforzato dalla incapacità della mente a pensare e parlare astrattamente, a concepire ordinatamente tutte le note d'un vincolo giuridico, sorse il simbolo, prima e più perfetta specie di forma, perchè non solo rappresentava sensibilmente il rapporto ma di fronte alla coscienza pubblica a quello effettivamente si sostituiva. Quel movente che produsse nel diritto il simbolismo è lo stesso che condusse nella religione al feticismo: in questa l'uomo sentì la necessità di creare dei simboli per personificare in modo a lui concepibile l'essere divino invisibile, in quello il bisogno di veder reso in modo plastico il rapporto giuridico e ricorse ai mezzi di espressione sensibili, creò la personificazione d'esso, plasmò il simbolo delle sue idee; « per mezzo di questo ciò che era invisibile diventava visibile, ciò ch'era lontano s'avvicinava, ciò ch'era interno all'esterno appariva », e più ancora ciò ch'era complesso si riduceva ad unità: nel simbolo l'agente trovava il rappresentante di tutta quella serie e quel sistema di rapporti che la volontà sua in un dato momento avea creato. Certo ciò che l'uomo del rapporto giuridico afferrava nel simbolo non era che l'esteriorità, la corteccia, ma in quella corteccia raccolse quella semente intellettuale che germogliò e sviluppò impercettibilmente a poco a poco l'idea che in essa si nascondeva.

Solo rapidamente accenno a questo ufficio simbolico che la forma ebbe, perchè scemato il bisogno di colpire fortemente l'imaginazione, reso più acuto il senso giuridico del popolo, decadde il simbolo dall'antica importanza lasciando solo qua e là nei diritti positivi qualche raro e scolorito vestigio. Tanto importante era però la funzione che la forma simbolica compieva negli antichi sistemi di diritto, specie nel romano, che non volli passarla sotto silenzio non senza anche notare che nelle età primitive altra causa dell'importanza dei simboli, come acutamente osservò il Grimm (2), fu la soddisfazione dei sensi, il piacere poetico prodotto dalla rappresentazione sensibile delle cose dell'intelligenza, l'attrattiva della plasticità dell'idea che s'impone: non fu solo il bisogno insomma che spinse l'uomo ne' primi

(1) Cfr. CHASSAN, *Symbolique*, Introd., pag. I-IX, e pag. 1-10, 176 e seg., 183, 271 e seg., 301 e seg.; SPENCER, *Primiers principes*, part. I, chap. II; IHERING, *op. cit.*, vol. III, pag. 110, 187 e seg.; VÖLDENDORFF, *op. cit.*, § 12 e seg.

(2) GRIMM, *Von der Poesie im Recht*, § 10.

tempi della civiltà a servirsi del simbolismo, di questa lingua figurata: non lo fece unicamente *propter egestatem linguae et rerum novitatem*, per dirla con Lucrezio, per la impotenza o inettitudine sua a maneggiare il linguaggio astratto e per le altre ragioni più sopra notate, ma anche « per il piacere della forma esterna, per il piacere dei sensi, per il senso della forma », per quel sentimento inconscio, aggiungerei io, del connubio del vero e del bello che il Goethe esprimeva nella splendida imagine:

Aus Morgenduft gewebt und Sonnenklarheit
Der Dichtung Schleier aus der Hand der Wahrheit.

14. Per quanto la forma provveda a dei bisogni del corpo sociale, e arrechi notevolissimi vantaggi alla sicurezza del diritto, e corrisponda anche ad un reale desiderio dello spirito umano, certo è che dall'impossibilità di procurare effetti giuridici alla propria volontà se non esprimendola in un determinato modo e non in altri, alcuni inconvenienti possono derivare, che è bene per noi rintracciare ed esaminare, prima per renderci esatto conto di ogni efficacia della forma, poi per evitar d'incorrere in codesti inconvenienti o di aggravarli nella soluzione che saremo per dare alla questione di diritto internazionale privato che ci occupa.

Abbiamo notato come la forma mirabilmente serva ad impedire le frodi, gli errori, ecc., a garantire in somma la libera e sincera manifestazione del volere: essa però può produrre anche alle volte l'effetto opposto, quello di facilitare l'inganno. La forma produce indubbiamente il vantaggio già sopra notato, d'impedire che chi non voglia incontrare una obbligazione, possa, contro il voler suo, incorrere invece nell'obbligo che non voleva contrarre: ma d'altra parte con le forme giuridiche, per il rigore loro, può avvenire che chi voglia realmente obbligarsi o disporre delle cose sue e creda in buona fede di aver fatto l'una o l'altra cosa trovi in causa di un piccolo vizio di forma di non essersi affatto obbligato o di non avere in modo alcuno disposto. Per questo rigore suo la forma può essere un'arma in mano dell'intrigante e dell'astuto contro l'ignorante, l'ingenuo, il disattento: *vigilantibus jura*, dice la massima antica, e mai così bene come a' diritti derivanti da atti formali essa è applicabile.

Altri inconvenienti principali della forma son quelli d'impedire la sollecita conclusione degli affari e di porre alle volte l'individuo nell'assoluta impossibilità di esercitare la sua giuridica attività: il primo è evidente solo che si pensi a quanto è ritardata l'efficacia

alla volontà dell'agente imponendogli di manifestarla con scrittura privata e ancor più con atto autentico, per dir solo delle due più comuni specie di forma; e tanto è vero questo che nella conclusione dei negozi commerciali, dove la rapidità è uno dei caratteri e delle condizioni essenziali, i legislatori dovettero astenersi dall'imporre quelle forme solenni e incomode dei negozi civili, che avrebbero impacciato il commercio. Se poi si pensa che l'individuo può trovarsi nella naturale impossibilità di ritardare la conclusione di un negozio giuridico, sotto pena di non farlo più, si vedrà come realmente esista l'altro inconveniente da me sopra notato: e anche di questo troviamo una riprova nel fatto che il legislatore ha per certi casi limitato il rigor delle forme, diminuendo il numero de' testimoni, o autorizzando la conclusione verbale in vece della scritta o quella scritta privatamente in luogo dell'autentica o esonerando gli agenti da altre formalità in caso di guerra, di epidemia, di viaggi in mare, ecc. A diminuire appunto codesto inconveniente tendeva già il testamento militare romano e le disposizioni degli art. 78, 789, 791, 799 ed altri ancora del Cod. civ. nostro e quelle analoghe delle altre legislazioni (1).

Notiamo soltanto questi principali inconvenienti cui dovremo far richiamo nel corso del nostro lavoro, trascurando di accennare ad altri di minor conto che hanno per noi poco o nessun interesse e non dimenticando di osservare che i grandi vantaggi arrecati da un sistema anche rigoroso di forme nell'organizzazione del diritto compensano largamente gli inconvenienti che ne possono derivare.

15. A questo punto arrivati crediamo opportuno tentar di dare una definizione della forma che esatto renda il concetto che siamo venuti ponendo e ci permetta di distinguere in un atto giuridico quello che realmente è forma da ciò che non è elemento formale sebbene spesso per generale consenso questo nome porti.

Richiamando quanto sopra fu detto circa al modo naturale di manifestazione delle idee, de' sentimenti, della volontà, circa al còmpito spettante al legislatore di sottoporre la dichiarazione di volontà a certe condizioni per attribuire ad essa giuridici effetti, ecc., ecc., crediamo di poter esattamente definire la forma degli atti giuridici dicendo essere essa *il complesso degli elementi estrinseci di validità dell'atto.* Ma siccome questa definizione non fa altro che togliere una difficoltà sostituendovi l'altra di precisare e chiarire in che cosa

(1) Cfr. Ihering, Völderndorff, Romagnosi, *op. cit.*, loc. cit.

questi elementi estrinseci consistano, diamo la definizione anche di essi, intendendo *essere gli elementi estrinseci di validità di un atto quelli che si riferiscono ai mezzi di manifestazione della volontà*, e calcolando invece come *elementi intrinseci di validità tutti quelli che sarebbero necessari per render valido l'atto, anche se il legislatore non richiedesse che con mezzi speciali la volontà degli agenti fosse manifestata*, quali la capacità, il consenso, l'oggetto, la causa lecita, ecc., ecc.

Probabilmente, considerando noi fra gli elementi estrinseci solo quelli che riguardano i mezzi di manifestazione della volontà, vi può essere chi ci osservi che con la nostra definizione noi escludiamo dalla nozione di forma molti elementi che sono realmente formali o come tali almeno da molti considerati, quali la dichiarazione fatta in nome della legge dall'ufficiale dello stato civile nel matrimonio a norma dell'articolo 94 Cod. civ., la benedizione nuziale nel matrimonio cattolico, l'iscrizione ipotecaria, la trascrizione e in altre legislazioni la intavolazione nel trasferimento dei diritti reali sugli immobili, l'istituzione d'erede, ecc., ecc. Risponderemo a questa obbiezione nella parte speciale dove, prendendo in esame tutti gli atti, dimostreremo come in ognuno d'essi altro la forma non sia che il complesso degli elementi estrinseci di validità, di quelli cioè che si riferiscono esclusivamente ai mezzi di manifestazione della volontà. Ci basti per ora mostrare come codesta definizione renda molto più esattamente il concetto di forma di tutte le altre che conosciamo, come con essa molte incertezze e confusioni siano tolte.

In fatti chi come il Romagnosi definisce la forma « un complesso dei mezzi coi quali si può far fede dell'esistenza di un fatto » (1) o « i mezzi di prova onde accertare che l'atto fu eseguito » (2) dice troppo e troppo poco: troppo, perchè fra i mezzi di prova di un atto possono essere compresi quelli per testimoni, per giuramento od altri simili che nessuno dirà facciano parte della forma dell'atto; troppo poco perchè non abbraccia tutte le forme *ad solemnitatem*. Nè più esatto è in altro punto dove parlando delle forme del testamento dice queste essere « i modi opportuni più semplici e più sicuri onde far constare della volontà del testatore » (3), dove si potrebbe osser-

(1) Romagnosi, *Condotta e rag. civ. delle acque*, parte II, lib. II, cap. XV, § 807.

(2) Ibidem, § 812.

(3) Romagnosi, *Prime mat. e quest. sopra le forme test. Rag. delle forme*, cap. II, § 826 e seg.

vare che sembra credere servir la forma soltanto alla prova, il che non è, che spesso le forme dei testamenti non sono certo i modi « più semplici » per far constare la volontà (lo provi ad es. il testamento pubblico), che essendo infine in ogni legislazione parecchie e varie le forme dei testamenti, una almeno sarà più semplice o più sicura di un'altra e non potrà quindi con questa essere compresa nell'identica generale designazione qualitativa. Tuttavia altri, come il Paoli, copia quasi la definizione del Romagnosi scrivendo che le forme « in sostanza altro non sono che i modi più opportuni ed i più semplici per accertare la volontà » (1).

Nè manco ci persuade ciò che scrive il Fusinato, che « sono elementi esterni o formali quelli che servono per la manifestazione esterna dell'atto e che, indipendentemente dall'atto giuridico in sè medesimo, che già esiste, non hanno altro scopo che quello di constatarne esteriormente l'esistenza e renderne possibile la prova; sono quelli (per adoperare una frase efficace) che concernono la *visibilità* dell'atto » (2). Non mi persuade prima di tutto perchè gli elementi estrinseci di validità hanno ben altri fini oltre a quelli dal Fusinato ad essi assegnati (e lo abbiamo veduto); poi perchè non si può dire di fronte al diritto positivo (e di fronte a che genere di diritto, del resto, trattando di forme, si potrebbe parlare?) che l'atto giuridico in sè medesimo esiste indipendentemente da una forma; l'atto non è vero che esista senza di essa; non dimentichiamo che proprio negli atti giuridici *forma dat esse rei.*

Non esistono altri atti indipendentemente da una forma che quelli non-formali ne' quali appunto, mancando la necessaria condizione estrinseca di validità, non mette conto d'occuparsi della forma. Sta bene che nella trattazione scientifica si dica per es. in tesi generale, senza limitazioni a somme minori di un certo dato, che fra due persone esiste un'obbligazione contrattuale e che perciò una di queste ha diritto di esigere dall'altra la prestazione pattuita, quando fra esse vi fu consenso intorno all'obbligazione stessa, ma siccome una generale disposizione simile non fu mai nè mai sarà scritta in nessun codice, così non possiamo accettare la definizione del Fusinato che

---

(1) Paoli, *Success. testam.* (*Giorn. delle Leggi*, 1872, pag. 169).

(2) Fusinato, *Note a Sent. Cass. Roma*, 19 *apr.* 1890, *Carpi c. Fothergill Hartas* (*Foro It.*, an. xv, fasc. xxiii) e *App. Genova*, 4 *ag.* 1891, *Hendriks Ogtrop c. Formica* (*Foro It.*, an. xvii, fasc. ii).

non fa dipendere l'esistenza dell'atto dall'osservanza della forma per esso prescritta (1).

Secondo il Duguit (2) « l'élément *externe* désigne tout ce qui constitue la manifestation extérieure de l'acte, tout ce qui permet de le *percevoir*, et, d'après l'expression de Ihering, tout ce qui concerne la *visibilité* de l'acte, en allemand *Sichtbarkeit*. C'est cet élément que nous désignons du nom générique de *forme* ».

Anche il Duguit è stato sedotto dalla geniale espressione del Ihering: « la forma è il contenuto al punto di vista della sua visibilità » (3), la quale è dal Fusinato e dal Duguit inesattamente riferita e che poi per rendere completa ed esatta la nozione di forma abbisogna del profondo e vasto esame che l'illustre giurista tedesco fa del formalismo: ripetuta da sola non basta perchè nella *visibilità* dell'atto possono comprendersi elementi che non sono formali, come per es. la consegna nella tradizione o l'*apprehensio* nell'occupazione che fa certo parte della visibilità dell'atto ma che a mio credere non è forma o almeno certo non è solamente forma. Ma ritornando alla definizione del Duguit osservo inoltre che con le parole « ciò che costituisce la manifestazione esteriore dell'atto » si può facilmente generare l'equivoco, perchè si potrebbe ad es. credere che l'istromento notarile costituisca completamente ed esclusivamente la manifestazione esteriore dell'atto senza così nella forma d'esso comprendere la presenza dei testimoni, la lettura del rogito, ecc., tutte cose che fanno parte della forma.

Peggio poi il Febvre che scrivendo (4) « l'élément externe comprend tout fait sensible enveloppant la volonté de l'homme et servant à sa manifestation extérieure: c'est cet élément externe qui constitue la forme des actes juridiques » dà la definizione di forma naturale non di forma giuridica, dice cioè che ogni manifestazione di volontà

---

(1) Anche il Duhaut (*op. cit.*, pag. 201) dice essere « l'*actus* indépendant de l'*instrumentum;* il existe par lui-même, bien qu'aucun écrit n'ait été dressé: seulement il est alors dénué de preuve ». Ma con ciò non fa che dire cosa non esatta.

(2) Duguit, *op. cit.*, pag. 2.

(3) Ihering, *op. cit.*, § 50. Anche il Serafini, *op. cit.*, pag. 7, dice: « ogni atto giuridico constare di due parti distinte: della sostanza ossia della volontà di chi lo compie, e della forma che è appunto la manifestazione sensibile di cosifatto volere ».

(4) Febvre, *op. cit.*, pag. 75.

in qualunque modo espressa costituisce la forma degli atti giuridici, ciò che s'attaglia agli atti non-formali, ma non ai formali.

Neppure potremmo accostarsi al Pescatore e al Ricci, il primo de' quali parlando delle forme testamentarie le definisce « guarentigie civili imposte dalla legge al testatore quali condizioni della facoltà di disporre, destinate ad assicurare la sincerità delle volontà e della loro manifestazione » (1), il secondo « guarentigia della serietà e verità dell'atto compiuto coll'osservanza delle medesime » (2): in tal modo accennano ad uno degli uffici che la forma compie, ma non dànno la definizione d'essa. Simile difetto, insieme ad altri ancora, hanno le definizioni del De Rossi (3): « la forma consiste in quei modi di porre in essere gli atti, che, secondo le prescrizioni del legislatore, sono diretti a tutelare il diritto privato e talvolta anche l'ordine pubblico », del Vitali (4): « quel complesso di requisiti estrinseci, che il legislatore ha stabiliti per guarentire ed assicurare la libera manifestazione della volontà del testatore e l'esecuzione della medesima pel tempo in cui costui avrà cessato di vivere », del Franchetti (5): « il modo esterno, adattato ad ogni condizione di persone, affine di accertare la capacità del disponente e la sincerità delle disposizioni ». Queste sono più descrizioni o enumerazioni dei fini della forma che vere e proprie definizioni: dopo averle lette rimane sempre da sapere in che cosa consistano codesti « modi esterni » e « requisiti estrinseci »; e tralasciamo di notare le altre inesattezze e le esuberanze e deficenze contenute in quelle definizioni (6).

Con la nostra ci accostiamo piuttosto a quelle date dagli scrittori tedeschi, specie dal Völderndorff e dall'Unger: il primo dice che (7)

---

(1) PESCATORE, *Disposiz. testam. per relationem* (*Giorn. delle Leggi*, 1873, pag. 9, n. 1).

(2) RICCI, *Corso teor. pratico*, ecc., vol. III, n. 89, pag. 107.

(3) DE ROSSI, *Il testam. congiunt. recipr. nel dir. transit.* (*Giorn. delle Leggi*, 1875, pag. 121, n. 16).

(4) VITALI, *Delle successioni*, § 141.

(5) FRANCHETTI, *Del testam. ologr.*, § 17 (*Annali*, I, 3).

(6) Anche la definizione del VON BAR (*op. cit.*, vol. I, n° 121), accolta anche dal MANKIEVICZ (*op. cit.*, § 5), non mi pare possa completamente soddisfare. Secondo essi « forma di un atto giuridico è tutto ciò, e ciò solo, che le parti devono fare per dare alla loro volontà l'espressione richiesta dalla legge ». Ora, sebbene ciò sia esatto, non mi pare tuttavia che renda compiutamente il concetto generale della forma.

(7) VOELDERNDORFF, *op. cit.*, § 7, pag. 11.

« nei negozi giuridici la determinazione di volontà è il contenuto, la dichiarazione di volontà è la forma del negozio »: il secondo che (1) « per forma della dichiarazione di volontà s'intende il modo nel quale si porta a manifestazione la volontà che dà vita al negozio giuridico ». E la stessa nozione della forma apparisce anche dagli scritti del Karlowa (2), del Burckhard (3), del Dernburg (4), sebbene non ne diano una definizione, dalle parole del Catellani (5): « per forma deve intendersi il modo di manifestazione esteriore di un atto giuridico considerato nella genesi del suo compimento ». Crediamo però che sia più esatta la definizione nostra che codeste: infatti ci sembra che corrisponda più a verità dire essere la forma il complesso dei mezzi, ecc. piuttosto che « il modo nel quale, ecc. » o « il modo di manifestazione, ecc. ». A tutte poi si può osservare che in esse non s'insiste abbastanza sul carattere di necessità giuridica della forma come noi facciamo chiamandola anzitutto « il complesso dei requisiti estrinseci di validità » ed evitando così la confusione tra forma naturale e forma giuridica.

16. Ma un altro vantaggio ancora con la nostra definizione si ottiene: quello d'evitare che il nome di forma o di formalità sia dato a certi elementi di validità che estrinseci non sono. E invero molte volte (e ciò per conseguenza di poca chiarezza nello stabilire la nozione di forma e di poca esattezza nel definirla) si trovano designati con le parole *forme* o *formalità* (6) *interne*, *interiori*, *sostanziali*, *abilitanti*, *intrinseche*, *viscerali*, ecc. o certi elementi di validità i quali di formale non hanno altro che il nome ad essi erroneamente attribuito, oppure certi atti che di per sè stanno e alla loro volta si compongono di sostanza e di forma. Esaminando che cosa

---

(1) UNGER, *System d. österr. allg. Privatr.*, vol. II, § 86.

(2) KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft*, § 29.

(3) BURCKHARD, *System d. österr. Privatr.*, vol. II, § 94.

(4) DERNBURG, *Lehrbuch d. preussischen Privatr.*, § 94.

(5) CATELLANI, *Il dir. int. priv.*, vol. II, cap. V, n° 460.

(6) Altra ragione di confusione e di errori questa creduta sinonimia fra le parole forma e formalità: per molti scrittori, questi oserei dire, per la generalità, è vero ciò che scrive il DALLOZ (*Répert.*, voce *Formalité*) « Quoique le mot *formes* soit plus général et s'entend de tout ce qui sert à constituer un acte, tandis que le terme *formalité* exprime plutôt les formes qui sont de l'essence de l'acte et sans lesquelles il ne saurait exister, ces deux mots sont cependant synonimes et s'emploient indiffèrement l'un pour l'autre ».

siano queste pretese formalità e forme meglio chiariremo il nostro pensiero.

Il Boullenois, il Merlin e con questi molti altri giuristi (1) anche contemporanei distinguono le formalità abilitanti, le intrinseche o viscerali, le antecedenti, le posteriori, le estrinseche o probanti e le formalità di esecuzione, e tralasciano anche di noverarne altre.

Le abilitanti, secondo codesti scrittori, sono quelle che rendono capaci di fare alcuni atti le persone che ne sono incapaci per stato, come l'autorizzazione maritale o quella del consiglio di famiglia, il consenso dei genitori per il matrimonio dei figli inferiori ad una certa età, ecc. Le intrinseche o viscerali quelle che formano l'atto in se stesso, che gli dànno l'esistenza e senza le quali esso non può esistere, quelle, per adoperare le parole di Zasio, *quae dant esse contractui ex se ipsis et absolute, et sunt veluti forma essentialis ex qua inesse contractui producitur, productus conservatur qua forma destructa jam contractus vita defunctus est*, quali il consenso, la cosa e il prezzo della vendita, la tradizione nel prestito, la designazione dell'immobile sul quale si prende ipoteca in un'iscrizione ipotecaria, la presenza del pubblico uffiziale nel matrimonio, quella del numero dei giudici determinati dalla legge in una sentenza, ecc. Le formalità antecedenti sono quelle *quae requiruntur ante factum* come la scelta del giorno e del luogo per concludere un contratto, quando la legge proibisce di contrattare in un certo luogo o in certi giorni, le posteriori quelle *quae requiruntur ex post facto* che son richieste *ad confirmationem rei inesse productae, vel ad effectum et utilitatem consequendam* e che si chiamano anche *effectuales* perchè *tribuunt robur actui jam formato*, come ad es. la vidimazione fatta da un pubblico ufficiale. Le formalità estrinseche o probanti, quelle che non sono richieste se non per comprovare sia l'adempimento delle formalità abilitanti e di quelle estrinseche, sia ciò che è stato fatto in conseguenza del concorso delle une e delle altre, come nei contratti le sottoscrizioni delle parti, dei testimoni e del notaio. nelle sentenze le firme dei magistrati e dei cancellieri. Le formalità di esecuzione infine sono quelle che non vengono richieste se non perchè un atto

(1) BOULLENOIS, *Personnalité et réalité*, tom. I, tit. II, chap. II, observ. XXIII; MERLIN, *Répert.*, voce *Formalité;* ROMAGNOSI, *Condotta e rag. civ. delle acque*, loc. cit., § 812. Ved. inoltre LAURENT, BROCHER, e quasi tutti i civilisti, i quali accolgono più o meno largamente tale distinzione.

perfetto in sè possa essere eseguito, come la registrazione nei contratti e nelle sentenze, o l'apposizione della formola esecutiva (1). Ora chiamare col nome di forme o anche di formalità tutti questi atti, requisiti, condizioni, (non saprei davvero come chiamarli con una parola comprensiva per la grande differenza che c'è fra l'una e l'altra di codeste pretese forme) è un ingenerare confusione, è far mancare il retto criterio per distinguere in ogni atto i requisiti formali dai sostanziali. Fra tutte quelle forme solo tal nome di forma può spettare a quelle estrinseche o probanti purchè però intese nel senso da noi stabilito: non certo alle abilitanti che riguardano esclusivamente la capacità delle parti: non alle intrinseche che riguardano la sostanza: non a quelle di esecuzione che entrano nella categoria delle norme di procedura: non infine a tutte le altre. Si può forse comprendere come, ad alcune almeno, si sia dato il nome di formalità in un certo senso: nel senso cioè di atti o di requisiti che non son fine a sè stessi ma servono a raggiungere altro scopo: si capisce come si possa dire per es.: affinchè la donna maritata possa contrarre un mutuo o stare in giudizio, ecc., occorre la formalità dell'autorizzazione maritale: per avere un contratto di vendita perfetto occorre la formalità di obbligarsi a dare una cosa da parte di un contraente e di pagarne il prezzo da parte dell'altro: perchè un atto notarile sia esecutivo indipendentemente da ricognizione giudiziale, occorre la formalità dell'apposizione della formola esecutiva, e così via: e chiaminsi pure, se si vuole, forme e formalità, con terminologia, del resto, molto poco giuridica, ma non si pretenda di trasformare in forma un atto di per sè stante come l'autorizzazione, un requisito intrinseco di validità come la cosa e il prezzo nella vendita, una formola che nulla ha a che vedere nella validità ne intrinseca nè estrinseca dell'atto come la esecutiva, nè si pretenda inoltre che non nascano nell'applicazione del diritto di quelli errori che sono appunto naturale conseguenza di simile confusione di più ordini d'idee affatto differenti (2).

Nè questa è la sola occasione di errori e confusione: altre ancora

(1) Tutte queste definizioni delle formalità abilitanti, intrinseche, ecc., sono tolte esattamente con gli esempi dagli scritti citati del Boullenois e del Merlin.

(2) Anche il nostro legislatore parla di *forme estrinseche* nell'art. 9, Disp. prel. Cod. civ.; non così nell'art. 58 Cod. comm.; ma siccome le parole *forme intrinseche*, *abilitanti*, ed altre mai si trovano in tutto il Cod. civ., è ovvio che

ve ne sono e fra queste notevole la distinzione fra forma esterna e forma interna di un atto che da molti scrittori, fra gli altri dal Gabba, è accettata: confesso che non ho mai capito che cosa *forma interna* voglia dire; nè manco me ne fu chiarito il senso dalle definizioni che se ne dànno, per esempio da quella del Gabba, secondo il quale nel testamento (1) « la forma interna consiste nell'interno ordinamento del medesimo, cioè nell'essere osservata o non osservata la legge che impone o divieta, non certe specie di disposizioni, ma certe modalità estrinseche e accidentali di queste, le quali nondimeno influiscono sul contenuto e sugli effetti del testamento. Così per es. alcune leggi moderne vietano il testamento mutuo o congiuntivo nel medesimo atto, e il diritto romano imponeva certe modalità alla diseredazione. Se una legge proibisce le disposizioni testamentarie convenzionali, codesto divieto colpisce pure la forma interna del testamento. Talvolta la forma interna del testamento è una vera e propria formula, il cui uso è prescritto o divietato dalla legge. Così, per es., il diritto romano esigeva la formale istituzione d'erede, sotto pena di nullità del testamento ». Da tutto questo parrebbe che nelle disposizioni d'ultima volontà la forma interna fosse il modo di manifestazione di alcune speciali disposizioni testamentarie: ma sia o non sia così, siccome, fermandoci agli esempi, quando una legge vieta il testamento mutuo o congiuntivo essa stabilisce bensì riguardo alla forma ma anche riguardo alla libertà dei disponenti, alla loro capacità cioè di revocarlo; quando impone alla diseredazione certe modalità per essere fatta, riguarda invece esclusivamente la forma; quando proibisce le disposizioni testamentarie convenzionali riguarda il contenuto delle disposizioni e non solamente il complesso dei mezzi con cui sono manifestate; quando impone nel testamento l'istituzione d'erede e questa fatta con formole speciali regola il contenuto del testamento e regola la forma solo in quanto stabilisce e prescrive la formola, siccome dunque questa cosidetta forma interna comprende e capacità e sostanza e forma, mi sembra molto più opportuno di distinguere in ogni atto ciò che appartiene alla prima,

---

quell'aggettivo (che del resto sarebbe inutile perchè le vere forme degli atti sono di per sè estrinseche) fu aggiunto per chiarir meglio il pensiero ed evitar gli errori, visto e considerato l'abuso che della parola forma, viene generalmente fatto, con essa chiamando anche certi requisiti sostanziali di validità degli atti.

(1) GABBA, *Teoria della retroattività*, parte III, lib. III, cap. XI. Vedi anche parte II, lib. II, cap. III, sez. III, § 3 *d* e 4.

alla seconda ed alla terza e di chiamare ognuna d'esse con queste espressioni, *capacità*, *sostanza*, *forma*, chiare, semplici, non equivoche, abbandonando codesta espressione di forma interna, che secondo me, è inesatta, vaga, elastica, oscura e non ha nessun titolo per essere adoperata nel linguaggio giuridico, ne ha molti per esserne per sempre esclusa.

Finalmente, quasi per moltiplicare senza scopo le difficoltà, troviamo delle distinzioni malamente espresse anche nelle vere e proprie formalità ossia nei singoli mezzi di manifestazione della volontà, il complesso dei quali costituisce la forma. Così il Pothier (1) chiama forme intrinseche nel testamento le solennità esterne il cui concorso all'atto è richiesto sotto pena di nullità, come l'autografia, la data e la sottoscrizione nel testamento olografo; invece « forme estrinseche certe prescrizioni positive », come il deposito, la registrazione, la verifica nel testamento olografo. D'altra parte il De Rossi scrive pure a proposito delle disposizioni d'ultima volontà (2): « l'intervento del notaro, la presenza dei disponenti e dei testimoni, la *contestualità*, la non deviazione ad atti estranei, la dettatura del testatore al notaro, la redazione in iscritto sono i requisiti formali del testamento pubblico nuncupativo che possono chiamarsi forme *esteriori*. Volendo poi indagare la forma interna d'esso, noi la troveremo nelle formule prescritte per l'intestazione e per la conclusione dell'atto, nelle dichiarazioni ed attestazioni che deve emettere il pubblico ufficiale, circa alla capacità dei disponenti, all'idoneità dei testimoni, all'adempimento delle formalità dalla legge richieste, nel modo di vocazione dell'erede istituito, ove il legislatore lo abbia prescritto e certe prescrizioni *preliminari* che alcune leggi impongono ai testatori per l'efficacia dell'atto. Se invece di un testamento pubblico si trattasse dell'olografo la forma anche nelle sue suddistinzioni non apparirebbe meno chiara al giurista. La scrittura tutta di carattere del disponente, ecco la semplicissima *forma esterna* dell'atto; la data del testamento, la sottoscrizione del testatore, la postura di essa in fine delle disposizioni, ecco le forme *interne* dell'olografo ». Ora questa distinzione sarà chiara, sarà anche utile se si vuole, ma confesso di non comprenderne nè la portata nè l'utilità: quando si faccia una distinzione si deve prima porre il criterio per distinguere e questo

(1) Pothier, *Tratt. delle donaz. testam.*, tom. IV, cap. I, act. II, § 2 e 3.
(2) De Rossi, *op. cit.*, § 3 *a*.

nè è detto nè si può dagli esempi ricavare: forse, secondo il De Rossi almeno, parrebbe che nel testamento quello che riguarda esclusivamente la dichiarazione di volontà fosse la forma esterna, ciò che riguarda invece tutte le circostanze e condizioni che devono accompagnare quella dichiarazione fosse l'interna: ma sia o meno così in codesta distinzione della forma di un atto in due ulteriori forme, interna ed esterna, non so intravvedere nessuna opportunità e riscontro invece una nuova causa di confusione e di errori. Ciò che solo si può ed è utile distinguere si è la forma di un atto dalle formalità: la quale davvero si può fare in modo chiaro quando ricordando la nostra definizione della forma si osservi che le formalità non sono che i singoli elementi estrinseci di validità di cui la forma è il complesso, i singoli mezzi cioè mediante i quali la volontà per aver giuridici effetti deve manifestarsi: così nel testamento olografo la scrittura per intero, la data e la sottoscrizione alla fine, tutte di mano del testatore, sono singole formalità che nel loro complesso costituiscono la forma che chiamasi olografa; nel testamento per atto di notaio segreto il modo in cui deve essere sigillata la carta, l'atto di ricevimento che deve essere scritto su di essa dal notaio, la dichiarazione del testatore che in essa è contenuto il suo testamento, l'assistenza di quattro testimoni, ecc. sono tante formalità ognuna delle quali giuridicamente necessaria perchè l'atto che dal loro complesso risulta abbia la forma di testamento segreto e così via per tutti gli atti. La forma dunque è il complesso di tutte le formalità per essa richieste: che queste poi si possano annoverare nella categoria delle esterne, secondo il De Rossi e il Pothier, o delle interne ciò poco monta: ciò che importa invece è la loro giuridica necessità richiesta dal legislatore, così che se una di esse manca, la forma dell'atto è difettosa, anzi non si ha più quella forma e la volontà non ha più l'effetto per cui era stata manifestata. Questa differenza e distinzione mi pare del resto che sia stata perfettamente intesa ed esattamente espressa dal nostro legislatore: e per convincersene basta osservare l'uso fatto delle due parole forma e formalità negli art. 774, 778, 783, 787, 789, 804 Cod. civ., nell'intestazione di parecchie sezioni del Codice e dovunque quelle parole occorrano.

17. Esaurito così quell'esame che credevamo indispensabile intorno alla nozione della forma, datane la definizione e distinta dagli elementi che erroneamente si chiamano formali, passiamo a ricercare quale sia il carattere delle leggi relative alla forma degli

atti, per concludere circa alla efficacia ed all'autorità che devono aver nello spazio. Indagine ardua e che, per quanto possa sembrare severo il giudizio, a me pare finora troppo trascurata: di che, del resto, tutto il precedente capitolo ne è una prova. Generalmente sono sufficienti le argomentazioni pratiche di opportunità per soddisfare i giuristi ed indurli a sottoporre la forma degli atti alle leggi del territorio sul quale sono fatti. Il Mancini stesso, che nella sua celebre relazione all'Istituto di diritto internazionale con così grande evidenza e chiarezza esponeva tutta la sua dottrina, distinguendo le varie leggi che costituiscono il complesso del diritto privato secondo i vari elementi in essi prevalenti, non si cura od evita di esaminare quale fra questi prevalga nelle leggi formali e di giustificare quindi la disposizione dell'art. 9 tit. prel. Cod. civ. (1); e uno poi de' suoi più acuti critici, il Fusinato, questa lacuna non avverte e a nessun risultato su questo punto arriva, accogliendo esso pure la dottrina comune, che l'opportunità e la necessità obbligano a seguire la regola *l. r. a.* (2).

Ed è strano che nello studio di questo punto pure così importante della scienza nostra non si sia seguìto quel metodo che giustamente forma la base della dottrina odierna del diritto internazionale privato, di studiare cioè profondamente la natura del vincolo che lega una persona, una cosa o un atto a un dato territorio piuttosto che ad un altro e di assoggettarlo quindi alle leggi di quello. Quel criterio giuridico obbiettivo, che solo da un tale metodo si può ricavare, noi tenteremo di porre nelle pagine seguenti per quanto riguarda la forma degli atti.

Che carattere hanno dunque le leggi formali? Appartengono esse a quella categoria di leggi che s'impongono necessariamente ai cittadini e il di cui carattere nazionale, deve, secondo il Mancini, farle dovunque rispettate? O piuttosto all'altra parte del diritto privato che ha solo valore supplettivo ed alla quale le parti possono, dovunque si trovino, sostituire liberamente la loro volontà? O forse, infine, l'ordine pubblico di uno Stato direttamente informa tali disposizioni legislative?

A mio credere, da quanto venni dicendo circa ai differenti fini

---

(1) MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires*, ecc. J. D. J. P., 1874, pag. 221-239 e 285-304. Ved. specialmente pag. 301-2.

(2) FUSINATO, *Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale*, pag. 72.

della forma e da ciò che più sotto verrò esponendo, chiaro apparisce che le leggi formali sono appunto leggi che interessano la società nel suo complesso, leggi d'ordine pubblico.

Meglio che da un esame delle differenti formule scientifiche per mezzo delle quali si cercò dal Savigny a noi di determinare quell'insieme di norme giuridiche che garantiscono i diritti della sovranità e dal tentativo di interpretar tali formule in modo che possano in quella categoria di leggi esser comprese quelle relative alla forma degli atti, la migliore dimostrazione del loro carattere di leggi di ordine pubblico sta, mi pare, nel provare la loro stretta connessione co' principii etici, religiosi, economici, politici, ecc. dominanti in uno Stato, come la non violazione di questi alla osservanza di quelle sia direttamente interessata.

Dimostrazione relativamente facile ed evidente quando si pensi prima di tutto a quanto le leggi relative alla forma degli atti rispecchino il grado di moralità della società politica per cui furono promulgate; col rigore o con la larghezza loro, con la loro solennità o con la loro semplicità si adattano e si piegano a tutte le gradazioni, a tutte le sfumature della coscienza e del carattere d'un popolo: è su di esse e per esse e solo perchè tali sono che la fede pubblica sorge e vive e permette lo svolgersi del commercio giuridico. In uno Stato che più si sia avvicinato all'ideale morale de' rapporti sociali di quanto ora noi siamo, evidentemente le forme saranno immensamente meno rigorose di quello che oggi non siano: in uno invece dove minore sia la reciproca fiducia perchè minore la moralità, le forme, con la solennità loro più grave, col rigore più stretto, col carattere religioso che fa entrare il timore d'altre paurose punizioni e il sentimento del soprasensibile dove il rispetto della giustizia umana più non sia o ancora non sia di per sè stesso efficace, ristabiliscono quell'equilibrio giuridico, ottengono artificialmente quell'effetto che naturalmente si otterrebbe se più elevato fosse il grado di moralità: e non solo la massima e la minima distanza da questo in cui si trova una società può essere con sicuro indice data dal massimo e minimo rigore e quantità delle forme, ma anche le varie gradazioni fra que' due estremi son rese con evidenza dalla più o meno grande relativa libertà che nella formazione degli atti è lasciata all'arbitrio dell'agente, che nella scelta fra differenti forme egualmente valide, quella preferirà che più possa supplire alla mancanza o al limitato grado di fiducia che ha nell'altro contraente.

Non è questo il luogo per addentrarci in una larga indagine storica, ma è certo che nella storia del diritto molti fatti si potrebbero rintracciare che sarebbero una diretta prova per la nostra dimostrazione. Nell'evo medio, in quell'epoca in cui la ragione del più forte è ancora la migliore, frequente la giurisdizione volontaria nella conclusione degli atti per fare in essa intervenire direttamente il giudice, colui stesso che sarà chiamato a ristabilire l'equilibrio giuridico turbato se si mancherà all'obbligo assunto, e per colpire così con diretta e più concreta idea della pena, e agire verso le parti con più forti ed efficaci mezzi quanto più deboli il sentimento della giustizia e del diritto e la delicatezza della coscienza; più tardi sostituito all'intervento del magistrato quello d'altro pubblico ufficiale (notaro od altro) che sebbene meno direttamente faccia intervenire nella conclusione dell'atto l'idea della giustizia punitrice, pure autenticamente riceva la volontà delle parti ed affidi della serietà e validità del vincolo contratto; finalmente aumentati gli atti per scrittura privata o con altra semplice forma, quanto più al timore nella coazione esterna si va sostituendo nella coscienza il rispetto al diritto, la spontanea osservanza alla fede prestata. Che più? Oggi stesso troviamo forme più rigorose e solenni quanto maggiore è l'importanza dell'atto che si compie, quanto più grande cioè è il vantaggio immediato che deriverebbe a infrangere l'obbligo incontrato, quanto più insomma è necessario l'assicurarne l'osservanza con mezzi esterni.

Nè credo che tutto l'ordinamento delle formalità cui è subordinata l'efficacia giuridica degli atti sia una di quelle parti del diritto nella formazione della quale la dottrina de' giureconsulti apparisce come esclusiva causa efficiente, di quella parte dove è indifferente che un precetto o un altro vi sia, purchè uno sia fissato, dove non deriva dalla natura delle cose che quella e non altro che quella norma vi sia. La necessaria successione storica de' vari sistemi di forme nello svolgimento del diritto a traverso il tempo, date le modificazioni successive dell'ambiente morale, politico, religioso, economico, delle condizioni di coltura, ecc. di un dato popolo, chiara apparisce a chiunque con attenta indagine studi la storia del diritto e con larghezza di sintesi ne sappia raccogliere le conclusioni. « Chi è che non s'accorge a prima vista, scrive molto giustamente il Ihering (1), che il matrimonio con la *manus* è più antico del matri-

(1) Ihering, *Esprit*, vol. I, § 5, pag. 78.

monio senza *manus*, e che fra le forme che circondavano il primo la *confarreatio* è più antica della *coemptio?* Che si osservi in seguito la confezione del testamento nei comizi, *per aes et libram* e la forma pretoriana; l'adizione d'una eredità per *cretio* e *pro herede gestio;* le forme obbligatorie del *nexum*, della stipulazione e l'obbligo derivante dal solo consenso, ecc. ecc. Chi sarà quello che in tutti questi casi esigerà che gli sia indicata la successione delle diverse forme? ».

Il sistema delle forme credo necessariamente possieda ad ogni fase del suo svolgimento un tipo relativamente determinato, come il diritto in genere, come tutto ciò che nasce e si svolge, come ogni altro prodotto inevitabile della vita sociale. Come la pena concepita quale un mezzo espiatorio religioso, quale soddisfazione privata e quale esercizio del diritto di punire da parte dello Stato segna tre gradi differenti di civiltà, così le gradazioni dal massimo al minimo di solennità di rigore e di complessità nelle forme segnano le diverse condizioni etiche in cui uno Stato si trova.

E non soltanto le condizioni etiche, ma anche quelle religiose, politiche, economiche, sono necessariamente connesse col sistema di formalità giuridiche.

Le religiose: e per avvertire tale diretta connessione non è neppur necessario ricorrere con la memoria alle formalità del diritto romano o delle consuetudini giuridiche mussulmane ed ebraiche, dove l'influenza della religione sulle forme giuridiche è larghissima, basta notare anche a' giorni nostri le differenze esistenti con carattere costante fra le forme giuridiche negli Stati cattolici e in quelli protestanti, studiare il sorgere del matrimonio civile e le difficoltà incontrate per estenderlo dalla Francia agli altri paesi, la coesistenza di diverse forme di celebrazione d'esso in qualche Stato secondo la diversa religione o confessione religiosa cui appartengono gli sposi, il modo di prestare giuramento, l'invocazione alla divinità negli atti autentici, la connessione e confusione spesso fra le forme del culto e quelle giuridiche negli atti dello stato civile, ecc. ecc.

Le condizioni politiche, chè l'influenza dello Stato nello sviluppo del diritto largamente anche in questa parte si esercita e il predominio nel diritto pubblico di un popolo delle idee feudali, in quello di un altro dei principii di diritto divino, in quello di un terzo del dogma della sovranità popolare, e anche la derivazione delle condizioni politiche odierne da condizioni storiche anteriori, si rispecchiano nell'ordinamento di molte formalità, specie di quelle per il

trasferimento dei diritti reali sugli immobili: una prova evidente di quanto affermo si può facilmente ricavare dal solo ricordare quali forme siano prescritte per il trasferimento dei diritti reali sugli immobili nei paesi retti dalla *common law*, specie in Inghilterra, e dal paragonarle con le forme analoghe del diritto romano e dei diritti odierni dal romano derivati.

E non solo in questo punto l'influenza delle condizioni politiche di uno Stato ha diretta influenza sull'ordinamento delle forme giuridiche, ma se vogliamo raffrontare il sistema ordinatorio delle forme quale ha vigore in Inghilterra con quelli vigenti in America, nei paesi scandinavi, in Russia, in Italia, ecc., potremo facilmente persuaderci che la complessità e la quantità delle formalità giuridiche sono in ragione inversa dello sviluppo lasciato all'individualismo, in ragione diretta quindi della estensione degli uffici dello Stato.

Le condizioni economiche infine: relativamente a queste mi pare che una regola costante valga generalmente; che cioè in tutti quegli atti in cui si ha per iscopo il godimento di una utilità economica permanente, di una utilità che si percepisce nel lungo volgere degli anni, come un contratto per trasferimento d'immobili, sia per disposizione di ultima volontà, sia per compra-vendita o donazione, una costituzione di dote o di usufrutto, ecc., si ricerchino in genere le forme più solenni, mirando sopratutto ad assicurare la durabilità del rapporto che si viene a costituire. In questo caso non si baderà gran fatto se l'adempimento delle richieste formalità importi un certo dispendio o un certo ritardo, poichè per evitare così l'uno come l'altro si potrebbe incontrare un danno economico assai maggiore. Allorchè per contro un atto abbia per oggetto il godimento di una utilità che si coglie in un dato momento, trascorso il quale essa andrebbe perduta, come è in genere di tutte le transazioni commerciali, è necessità ricercare le formalità più semplici e rapide e meno dispendiose. Applicare alle operazioni bancarie e di borsa le formalità di cui sopra si è fatto cenno, sarebbe rendere impossibili tali operazioni o spingerle fuori dell'orbita legale. Ma a questa regola generale si fa più o meno larga deroga secondo appunto il differente genere della produttività economica ne' vari paesi: così che troveremo più rapide, meno complesse e più perfette le forme adatte alle transazioni commerciali là dove il commercio ha maggiore sviluppo, più rigorose e solenni le forme per i diritti reali sugli immobili ne' paesi dove il suolo è l'ele-

mento principale di produzione; non solo, ma anche i fini che si propone l'economia nazionale di un determinato paese potranno essere favoriti col mezzo delle forme giuridiche, le quali, secondo che saranno più o meno rigorose e lente, potranno difficultare o favorire la conclusione di negozi giuridici secondo che questi si giudicheranno più o meno rispondenti a quell'ordinamento della produzione e della distribuzione della ricchezza che si ritiene più utile.

E avendo esclusivo riguardo all'ordinamento della proprietà fondiaria ed alle varie forme che essa ha assunto nella storia, è evidente che anche la forma degli atti che vi si riferiscono debba essere a seconda di quell'ordinamento diversa. Nella proprietà patriarcale, gentilizia e comunale trattandosi di un godimento temporaneo e brevissimo, l'acquisto del diritto individuale sulla terra non sarà accompagnato da nessuna formalità solenne. E nel sistema feudale, per il quale il sovrano non perde mai il suo dominio eminente sull'elemento naturale di produzione, le forme saranno maggiormente dirette alla ricognizione di questo dominio sovrano che a garantire il pacifico godimento del suolo da parte del coltivatore. Nel *dominium quiritarium* invece e della proprietà dei moderni codici la forma solenne che ordinariamente accompagna ogni atto che vi si riferisce ha lo scopo di assicurare il libero e perpetuo uso del terreno da parte del privato. E anche oggi in uno stesso paese e sotto la stessa legislazione la forma degli atti sarà diversa secondo che si tratterà di un diritto reale sopra un terreno coltivabile o sopra un'acqua pubblica o una miniera, poichè in questi due ultimi casi la forma mirerà insieme a garantire il diritto privato e quello del pubblico, i cui interessi lo Stato rappresenta. Chè se domani, non per un ritorno inconcepibile agli ordinamenti primitivi, ma per quella benefica evoluzione progressiva, per la quale, secondo una felice espressione del Romagnosi, la proprietà diviene *più e più sociale* accanto alla proprietà individuale si desse vita alla proprietà collettiva e particolarmente ricevesse larga applicazione fra gli agricoltori il sistema cooperativo, questo mutamento avrebbe certamente il suo influsso sulla forma degli atti. Anche al presente con la legge abolitiva dei diritti d'uso nelle provincie ex-pontificie (1) che ha legittimato in certi casi l'esistenza della proprietà collettiva, il legislatore ha tolto

(1) Legge 24 giugno 1888 e modificazioni successive. Vedi Testo unico 3 agosto 1891.

di mezzo tutti quegli inceppamenti che la procedura ordinaria avrebbe frapposto per la trasformazione di quei diritti e le spese gravi ch'essa avrebbe importate e con una semplice sentenza di un collegio di arbitri inappellabile si è portata una modificazione profonda ai diritti reali preesistenti. Tanto la considerazione del bisogno economico della popolazione montana ha prevalso nella mente del legislatore sulla dottrina e sui precedenti legislativi e lo ha fatto derogare, nel caso, a forme giuridiche tradizionalmente solenni.

E mi bastino questi rapidi cenni per dimostrare in quale stretta connessione stiano le forme con le condizioni etiche, politiche, religiose ed economiche di uno Stato: mi bastino, perchè l'economia del mio lavoro e la verità della mia tesi (che a me sembra evidente) renderebbero inopportune ed inutili le molte pagine in cui facilmente altre prove ed esempi si potrebbero addurre; e prescindo pure dal notare come col sistema delle forme sia strettamente connessa importante parte della procedura civile; come l'intensità della vita giuridica, le condizioni generali della coltura, le tradizioni, il carattere più conservatore o più mobile dei popoli, le loro relazioni estere e il loro isolamento, la qualità della razza, i sentimenti, i pensieri, la vita delle diverse società politiche, insomma nella più larga accezione della parola, contribuiscano insieme a render differente l'ordinamento delle forme in uno e in altro Stato ed a produrlo tale da corrispondere ai bisogni, ai caratteri, alle condizioni sociali.

E forse una nuova prova che il carattere di leggi d'ordine pubblico deve spettare alle leggi formali, si può desumere dal fatto che esse non fanno certo parte nè di quella parte del diritto privato cui giustamente il Mancini e la scuola italiana diedero il nome di *necessaria*, nè di quella parte che per il suo carattere essenzialmente diverso può chiamarsi *volontaria:* non della prima, che per l'individuo dovunque deve valere, perchè le leggi formali non sono certo come quelle che reggono lo stato personale, l'ordine e i rapporti di famiglia e l'istituto della successione legittima, l'espressione profonda, lo specchio fedele della nazionalità degli individui di una società politica, non sono come l'ombra che segue il loro corpo, come il sangue che percorre le loro vene (1): non della seconda, perchè

(1) La stessa differenza fra le leggi sulle forme e quelle regolanti la capacità e lo stato delle persone sussiste anche accogliendo, come del resto accolgo, la teoria del Fusinato (*op. cit.*) che per ragioni differenti da quelle del Mancini giustifica l'efficacia estraterritoriale di queste ultime leggi.

non possono esser comprese nella parte *volontaria* del diritto leggi come le formali, che non consentono in generale alle parti di disporre nella maniera in cui loro meglio piaccia, ma hanno un valore imperativo, non suppletivo. Per le leggi formali è lo Stato, che come tutore e vindice dei principii superiori della morale umana e sociale s'impone, è lo Stato che richiede quel determinato modo per esprimere la volontà conforme alle condizioni della società e fa seguire alla inosservanza d'esso la pena, non riconoscendo giuridici effetti alla volontà in altra maniera manifestata.

Nessuno è certo arrivato e difficilmente arriverà in seguito a determinare con assoluto rigore di formole precise quel complesso di norme giuridiche che garantiscono i diritti della sovranità: ma, esaminando tutti i tentativi fatti dal Savigny a noi per raggiungere codesto intento e più ancora scrutando il pensiero degli scrittori e i criteri seguìti per determinare quali siano le leggi d'ordine pubblico, si potrebbe facilmente osservare come con l'applicazione di quei criteri e delle premesse che pongono si dovrebbero comprendere fra quelle leggi anche le formali: tanto se si dica col Mancini che l'ordine pubblico, nella larga accettazione della parola, comprende il rispetto dei principii superiori della morale umana e sociale, come sono intesi e professati in un dato paese, i buoni costumi, i diritti inerenti alla natura umana, nonchè l'ordine economico, come è stabilito nella società, quanto se si ammetta col Pillet che nella categoria delle leggi d'ordine pubblico devono solo essere comprese quelle prescrizioni del legislatore che presentano un carattere di necessità sociale (1).

E che come leggi d'ordine pubblico dovessero intendersi anche le formali, compresero ed affermarono il Laurent, l'Unger, il Weiss, il Despagnet, il Duhaut, Surville e Arthuys, il Mitteis, il Demolombe, il Pacifici-Mazzoni, il De Rossi, il Di Stefano Napolitani (2); lo comprese il Brocher, quando affermò che « chaque souveraineté paraît

---

(1) Pillet, *De l'ordre public*, p. 20. Riferisco soltanto per brevità quelle due formule rimandando il lettore a tutte le altre del Savigny, del Brocher, del Fiore, dell'Istituto di diritto internazionale, ecc., le quali tutte potrebbero come quelle due servire per il caso nostro. Ved. in proposito la citata opera del Pillet ed anche Boissarie, *De la notion de l'ordre public* e Despagnet, *L'ordre public en dr. int. privé*, J. D. J. P., 1889, pag. 5-21 e 207-222.

(2) Demolombe, *De la publications etc. de lois*, n° 18; De Rossi, *op. cit.*, l. c. Per gli altri ved. sopra citazioni e note a pag. 70 e seg.

chargée de veiller à la sûreté et à la sécurité des transactions qui s'opèrent sur son territoire », e sebbene esplicitamente non lo dicano, pure l'identico concetto si potrebbe ricavare dal modo con cui il Catellani e il Merlin cercano giustificare la regola *l. r. a.* (1). Non solo, ma quasi mi pare di veder non dimostrato ma intuito, per così dire, questo carattere delle leggi formali già dal Boullenois, dal Bouhier e dal Prévôt de la Jannés in certe parole da me più sopra riferite (2).

E finalmente, se mal non mi appongo, la necessità di seguir per la forma dell'atto la *lex loci actus* che quasi tutti gli scrittori ammettono e moltissimi credono l'unica giustificazione della regola *l. r. a.* (3), non nasconde forse, se di questa necessità si vuol ricercare la ragione pratica e il precetto giuridico che ne deriva, un'idea molto analoga a quella che vogliamo qui dimostrar vera?

Ci duole che l'affermazione, più che la vera dimostrazione che le leggi formali sono leggi d'ordine pubblico fatta dal Laurent e dagli altri sopra citati, non abbia trovato oppositori che ne mostrino, se possibile è, la falsità e la combattano con argomenti così validi da farci dubitare della verità dell'opinione nostra e considerare la questione sotto aspetti che a chi, come noi, è convinto d'essere nel vero, forse per quanto studio ponga non appariscono.

Solo il von Bar scrive (4): « È erroneo e per nulla provato ciò che dice il Laurent risalendo alla sovranità territoriale: *le souverain de chaque pays seul a la capacité de régler les formes.* La conclusione di un negozio giuridico non è da porsi sulla stessa linea col mantenimento della polizia e del diritto penale ». Ora, che il Laurent affermi e non dimostri, è vero: ma lo stesso appunto si può fare al von Bar quando dice erronea l'opinione del giurista belga; se si ammette poi, come questi fa, che le leggi concernenti le forme siano leggi d'ordine pubblico è evidente che altrettanto a queste non si potrà derogare quanto a quelle penali e di polizia, quanto a tutte quelle in genere riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume.

18. Le leggi relative alla forma degli atti, avendo riguardo alla morale, alla religione, all'interesse politico ed economico del paese

---

(1) Ved. sopra cap. II, n° 5 e nota 1 a pag. 66.
(2) Ved. sopra cap. I, n° 18 e nota a pag. 47.
(3) Ved. sopra cap. II, n° 3.
(4) VON BAR, *Theorie*, n° 117, nota 12.

in cui hanno vigore, sono dunque leggi d'ordine pubblico. Ora, indubitato essendo il diritto dello Stato d'interdire in nome della propria sovranità e della propria indipendenza, nei limiti del suo territorio qualunque violazione al diritto e all'ordine pubblico del paese, ne deriva che il legislatore può e deve assoggettare indistintamente così il cittadino come lo straniero alle leggi ordinatrici delle forme, leggi d'ordine pubblico, rifiutando riconoscimento ed effetti giuridici agli atti in altre forme che le sue compiuti.

Tale, a mio credere, il solo e vero fondamento giuridico della regola *l. r. a.*, il quale però semplicemente così enunciato non basta, come credono Laurent, Weiss, Despagnet e gli autori più sopra citati, a dare completamente la ragione della validità che dovunque hanno gli atti compiuti secondo le prescrizioni della *lex loci actus.*

Difatti essendo le leggi formali leggi d'ordine pubblico, è evidente che il legislatore dello Stato in cui gli atti sono stati compiuti non riconoscerà validità ad essi se non compiuti con le forme da esso prescritte: ma non egualmente è evidente che questi atti debbano aver vigore anche nella patria dei disponenti o contraenti se colà la forma prescritta per quegli atti è differente da quella seguìta, e dovunque si agiti una questione intorno alla loro validità; anzi, dato il concetto esclusivamente territoriale che generalmente si ha dell'ordine pubblico, e la forza ad esso riconosciuta di escludere l'applicazione d'ogni legge straniera che ad esso derogasse, parrebbe che ogni legislatore dovesse così ragionare: se costituisce violazione al mio ordine pubblico il riconoscere validità agli atti compiuti da stranieri dentro al mio territorio con forme differenti da quelle da me prescritte, tanto che questa validità ad essi non riconosco, egualmente sarà violato il mio ordine pubblico se il giudice mio applicherà la legge straniera per giudicare della validità degli atti compiuti da' miei cittadini all'estero, derogando così ad una mia legge per tutti obbligatoria: non riconosco dunque giuridici effetti a questi atti. Ragionamento identico a quello che fa il legislatore nostro per quanto riguarda alcuni elementi intrinseci di validità del matrimonio: vieto che due stranieri, figli adottivi della stessa persona, contraggano in Italia valido matrimonio anche se lo possono fare per legge loro, perchè ciò è contrario al mio ordine pubblico, e per la stessa ragione vieto al mio giudice di applicare quella legge straniera per giudicare della validità di un matrimonio colà contratto da due italiani figli adottivi della stessa persona.

Ma la validità che gli atti compiuti in un paese con le forme locali devono avere non solo in quel paese, ma dovunque, si può facilmente dimostrare quando si pensi che secondo il legislatore italiano quella ed altre disposizioni d'ordine pubblico relative al matrimonio o ad altri istituti giuridici sono territoriali per gli stranieri e personali per gli italiani, così che seguono questi dovunque vadano, mentre le leggi formali sono esclusivamente territoriali e tali devono poi essere: non interessa nè riguarda punto l'ordine pubblico nostro il fatto che negli altri Stati le forme giuridiche italiane siano o non siano seguìte, ma esso è interessato a che sul nostro territorio non si compiano atti validi se non con la forma nostra. Non interessa punto l'ordine pubblico nostro il fatto che un italiano dichiari validamente le sue ultime volontà davanti a un magistrato in Germania, ma lo interessa il fatto che lo straniero da noi possa fare valido testamento autentico senza recarsi davanti a un notaio. Se due italiani infine contraggono valido matrimonio celebrandolo solo religiosamente in Austria, ciò non costituisce violazione al nostro ordine pubblico, ma ne costituirebbe una grave il riconoscimento giuridico del matrimonio celebrato da due austriaci non civilmente in Italia: e ciò perchè l'autorità dello Stato laico sopra la Chiesa, che da noi ha dato origine al matrimonio civile, non è per nulla turbata nè diminuita dal fatto che in Austria questa autorità lo Stato non abbia e ammetta quindi il matrimonio religioso; sarebbe turbata se nel nostro territorio un matrimonio religioso fosse validamente contratto.

Ogni legislatore insomma non può attribuire alle proprie leggi efficacia estraterritoriale, nè è buon giudice delle condizioni etiche, economiche, politiche, ecc. generali, ma solo di quelle proprie del suo paese, nè può arbitrariamente instituire un giudizio graduatorio circa alla maggiore o minore bontà, moralità e perfezione delle varie leggi straniere e concedere efficacia entro al suo territorio a quelle sole che soddisfano o più si avvicinano al suo ideale preconcetto di perfezione e di bontà. È bensì vero che il vincolo personale che lega l'individuo al suo Stato e lo obbliga ad obbedire dovunque alle leggi emanate dal legislatore nazionale, specie a quelle d'ordine pubblico, deve spesso e largamente temperare l'idea della sovranità e il vincolo territoriale che ne deriva, e che ciò produce quindi l'effetto di far avere dovunque efficacia alla parte necessaria del diritto suo personale anche se, e appunto perchè necessaria, riguarda l'or-

dine pubblico (e non son forse, in senso tecnico, leggi d'ordine pubblico quelle concernenti lo stato e la capacità della persona?) o di non veder concesso riconoscimento dal suo Stato alle deroghe ad essa fatte da leggi straniere (come in caso di matrimonio, di divorzio, ecc.), ma in questione di forme questo contemperamento dei due vincoli, territoriale e personale, in favore di quest'ultimo non è utile, nè necessario, nè giustificabile; non lo è perchè al legislatore nazionale importa che il suo cittadino non compia neppure all'estero atti da lui vietati (e ciò si ottiene col riconoscimento dato al principio che la capacità degli stranieri è regolata dalla legge nazionale), non già che egli manifesti la sua volontà in modo differente da quello richiesto dalla sua legge nazionale, perchè gli argomenti che militano in favore del rispetto da concedersi dovunque al vincolo personale dell'individuo alle leggi sue nazionali regolanti lo stato e la capacità non valgono per le leggi concernenti le forme, leggi che sono un prodotto diretto dell'ambiente morale, economico, ecc. sociale, il quale influisce e s'impone anche allo straniero che in esso entra e vive, perchè infine tutti gli Stati civili sono interessati a inceppare meno che sia possibile l'attività giuridica dell'individuo dovunque esso si trovi, e questo, come facilmente si comprende e, del resto, ci riserviamo anche di dimostrare, si ottiene più agevolmente con l'applicazione costante della regola *l. r. a.* che altrimenti.

Tali le ragioni che devono render validi gli atti compiuti secondo la *lex loci actus* e nel luogo di compimento e in qualsiasi altro paese. Ma in favore di questa tesi altri argomenti ancora occorrono.

Ed invero per dimostrarne la giustezza non si possono forse invocare per rapporto stretto d'analogia le stesse ragioni che valgono a provare dover uno Stato non dar riconoscimento ad un fatto giuridico avvenuto all'estero contrario al suo ordine pubblico, ma dovere invece riconoscere le conseguenze giuridiche del fatto stesso? (1).

Inoltre, sebbene non vi sia grande analogia fra la teoria della retroattività delle leggi e il diritto internazionale privato (2), sarebbe forse inutile ricordare in favore della nostra tesi che la forma degli atti riguarda l'ordine pubblico e perciò deve dovunque essere giu-

---

(1) Ved. Fiore, *Dir. int. pr.*, vol. I, § 257-8 e Fusinato, *op. cit.*, p. 90.

(2) Gabba, *Teoria della retroattività*, vol. I, parte I, cap. XIV e Meyer e Lassalle ivi citati.

dicata secondo la legge del luogo in cui si compierono, il fatto che nel diritto transitorio la forma degli atti si giudica *sempre* secondo la legge del tempo in cui gli atti stessi vennero posti in essere?

Finalmente mi sembra che tanto il legislatore nazionale de' contraenti o disponenti come qualunque altro deve giudicare degli atti da essi compiuti secondo la *lex loci actus*, perchè soltanto questa legge potrà garantirli della libera e sincera manifestazione della volontà delle parti. Ogni legislazione in modo differente secondo le varie condizioni del paese prescrive le forme degli atti, ma tutte ciò facendo hanno l'identico fine, quello appunto di impedir le frodi e gl'inganni, di dar giuridica efficacia solo alla volontà libera, sincera, chiaramente manifestata, ecc.; i mezzi saranno diversi, ma lo scopo è unico: soltanto il legislatore locale che conosce lo stato del suo paese sarà in grado di sapere i pericoli che minacciano e quali garanzie dovrà prescrivere contro di essi: lo straniero se seguirà le norme stabilite dalla sua legge nazionale compierà delle forme utilissime nella sua patria, ma spesso inutili e inefficaci al loro scopo nell'ambiente sociale in cui egli si trova e che su di lui influisce (1).

Contro però la nostra teoria si leva il von Bar, il quale combatte l'affermazione più che la vera dimostrazione fatta dal Laurent essere l'ordine pubblico interessato all'ordinamento delle forme giuridiche e le conseguenze che ne derivano: ma se grande è l'autorità del nome, non tale mi sembra la forza de' suoi argomenti; « ha un interesse alla prova di un negozio giuridico, egli scrive (2), solo quella legislazione nei cui confini il negozio dovrà farsi valere, non quella nei cui confini è stato conchiuso, e naturalmente ogni giurisdizione giudicherà della prova secondo le proprie leggi (secondo la *lex fori*); o che si crede mai che la prova di un negozio giuridico concluso in Africa fra due tedeschi sia giudicata in Germania secondo le consuetudini africane? Si crede davvero che i romani avrebbero in altri tempi riconosciuto il testamento fatto da un cittadino romano in altra forma che la romana? ». Osservo che altro è parlare della prova, altro della validità di un atto, e inoltre che se qui si dovesse anche far questione della prova, non so quanto naturalmente potrei ammettere l'assoluta competenza della *lex fori* a giudicare d'essa;

(1) Argomento questo invocato anche da Laurent, Weiss, Despagnet, *op. cit.*, loc. cit.

(2) Von Bar, *op. cit.*, loc. cit.

quanto poi ai due esempi o ipotesi fatte dal von Bar, non mi pare siano validi argomenti contro a noi, perchè il primo suppone un atto fatto in uno Stato (se pur così si può chiamare la maggioranza almeno delle società africane) non compreso nella comunità giuridica internazionale; il secondo una condizione giuridica speciale affatto differente dalla nostra. E veramente ci duole che l'illustre giurista non abbia creduto degno questo punto di più gravi confutazioni, che ci avrebbero mostrato il nostro errore, se in errore noi siamo.

Ma, per immaginare le obbiezioni che potessero venir mosse alla nostra costruzione giuridica e rispondervi fin d'ora, non si creda che noi diamo troppa efficacia al vincolo territoriale limitando eccessivamente il personale, anzi togliendo allo straniero il modo di far praticamente valere la sua giuridica capacità, perchè colla nostra teoria (come del resto ci riserviamo di dimostrare più ampiamente), l'attività giuridica dello straniero avrà piena libertà di svolgersi, anzi più completamente potrà essa esplicarsi colla costante applicazione della regola *l. r. a.* che in altro modo; non ci si addebiti di aver fatto entrare nel regolamento della competenza legislativa sulla forma degli atti codesto criterio dell'ordine pubblico così vago, incerto, elastico, differentemente inteso, con tutti i difetti suoi, perchè noi lo invochiamo per giustificare e informare una norma positiva, non deriviamo già astrattamente questa e senza dire qual sia e come si applichi da un principio generale d'ordine pubblico: togliamo anzi, in tal modo, ogni carattere d'arbitrario alla regola stessa, senza farvi entrare le incertezze proprie del principio che le dà giuridico fondamento; non ci si osservi infine che la regola *l. r. a.* non può aver per fondamento l'ordine pubblico, perchè finora mai sono state avvertite e considerate come violazioni dell'ordine pubblico le molte deroghe ad essa che la dottrina consiglia, le legislazioni stabiliscono o la giurisprudenza applica; chè a ciò potremmo rispondere, prima di tutto che alcuni giuristi, se non dimostrarono, avvertirono almeno il carattere che vogliamo attribuire alla legge sulla forma degli atti, altri in maggior numero ciò più vagamente intuirono, molti codesto carattere riconobbero ad alcune forme, come alle matrimoniali; poi chi è che al punto attuale della trattazione scientifica del diritto internazionale privato, con la difficoltà sua, con la grande diversità d'opinioni, con la limitatissima formulazione di alcuni suoi principii nel diritto positivo, con la incertezza che v'è nel determinare il concetto d'ordine pubblico, può garantire che l'estensione a questo data

e il criterio con cui è stato finora inteso corrispondano assolutamente a verità? Quante volte non si è data applicazione alla legge straniera violando il nostro ordine pubblico, e quante volte il contrario avvenne, prima di scoprir l'errore, in causa anche della natura relativa e mobilissima dell'ordine pubblico, per la continua ineluttabile evoluzione dei sentimenti etici, religiosi, delle condizioni economiche, etniche, ecc.?

Noi con la nostra teoria, che a taluno potrà forse sembrare ardita, tentiamo appunto di scoprire l'errore in cui ci pare che stia chi, senza dare un solidamente giuridico fondamento alla regola *l. r. a.*, la fa rimanere di un'applicazione, come dice il Brocher, poco meno che accidentale.

19. Alla nostra teoria manca però certo ogni base se si parte dal presupposto che la regola *l. r. a.*, comunque si voglia giustificarla, importa una deroga o al diritto naturale che vuole l'atto sia indivisibile e dipenda da una medesima legge tanto per la forma che per la sostanza sua (1), oppure una deroga al principio generale di diritto che la forma degli atti deve essere conforme alla legge del luogo dove avranno esecuzione (2), o infine allo stretto diritto, secondo il quale la forma deve essere determinata dalla legge personale (nazionale o del domicilio) dei disponenti e contraenti (3). Già a proposito di tali teorie abbiamo avuto occasione di soffermarci alcun poco in altra parte di questo lavoro: ma meglio la loro erroneità mi pare apparisca ora, dopo avere svolto la parte fondamentale della teoria nostra, dopo specie aver esaminato che cosa sia la forma e come e perchè sia da distinguersi dalla sostanza.

Non mi soffermo lungamente a combatterle, perchè già lo svolgimento della nostra teoria ne è indirettamente la migliore confutazione: osservo soltanto che questo preteso diritto stretto o naturale è così poco conforme alla natura delle cose ed alle esigenze della vita, che ad esso si è obbligati a far deroghe continue se non si vuole arrivare all'assurdo di costringere, secondo gli uni, lo straniero a far l'atto in tante forme quanti sono gli Stati in cui è possibile che della sua validità si discuta, oppure di rimettersi, secondo gli altri, alle parti anche per la forma, come avverrebbe in tema di obbligazioni

(1) Ved. sopra nota 9, pag. 57.
(2) Ved. nota 1, pag. 58.
(3) Ved. note 2 e 3, pag. 58.

dove la sostanza di esse può essere dalle parti determinata, o infine d'impedire allo straniero di compiere quasi qualsisia atto.

Ma si può realmente parlare in tale questione delle esigenze del diritto naturale, quando intorno a questo così poco chiaro concetto si ha, che secondo gli uni esso vuole regolata la forma dalla legge personale delle parti, secondo gli altri da quella che regge la sostanza, secondo i terzi in altro modo ancora? Quando, una volta pure che fossero d'accordo su questo punto, all'applicazione della conclusione comune si opporrebbe assolutamente l'esigenza della pratica?

Non comprendo infine perchè si debbano aumentare inutilmente le difficoltà partendo da presupposti metafisici, del resto non dimostrati, per arrivare poi alla conclusione di negare qualunque fondamento giuridico ad una regola che da secoli è in vigore e che più o meno largamente è accolta dalla dottrina universale e da tutti i codici. Almeno con la nostra teoria ciò che richiedono le esigenze della vita coincide esattamente con le conclusioni dei principii giuridici.

CAPITOLO IV.

Le applicazioni della regola *LOCUS REGIT ACTUM*

1. Applicazione agli atti per scrittura privata. — 2. Agli atti autentici *ad probationem*. — 3. Agli atti autentici *ad solemnitatem*. — 4. Applicazione nei casi di conflitto della *lex loci actus* con la *lex rei sitae*, la *lex fori*, la *lex domicilii* e la *lex executionis*. — 5. Del valore obbligatorio o facoltativo della regola. — 6. Degli atti compiuti all'estero *in fraudem legis*. — 7. Del divieto della legge personale d'uniformarsi alla regola. — 8. Altre applicazioni. — 9. Le eccezioni. — 10. Gli atti diplomatici e consolari.

1. Dopo aver dimostrato quale, secondo noi, sia il fondamento giuridico della regola *l. r. a.* passiamo ora a vedere quale debba essere la sua applicazione, prescindendo dal tener conto (ciò che faremo nella parte speciale) dal modo in cui è accolta e dalle applicazioni che d'essa sono fatte nel diritto positivo. Per questa indagine che ora imprendiamo ci troviamo però in condizioni differenti da quelle in cui eravamo nel ricercare il fondamento giuridico della regola nostra: chè di questo ogni scrittore parla liberamente indagando le ragioni per cui la regola deve valere, e questo e quel legislatore la accolse ne' Codici ed abbiamo quindi cercato di raccogliere le varie opinioni e di discuterle; ma quando si passi a studiare i casi della sua applicazione poco ci possiamo giovare della dottrina e della giurisprudenza, perchè la maggior parte degli scrittori e naturalmente tutte le sentenze de' magistrati trattano delle applicazioni della regola, delle eccezioni che ad essa devono farsi, ecc., non già *de jure constituendo* ma bensì *de jure condito;* tanto più che molti giuristi, specialmente i francesi, considerano le questioni di diritto internazionale solo dal punto di vista del modo in cui qualche suo principio è stato accolto nella loro legislazione nazionale.

Ci limiteremo quindi per ora a esaminare in quali casi, dato il fondamento giuridico che alla regola abbiamo posto, essa debba applicarsi e lo faremo brevemente, visto che di tutte le questioni, che ora tratteremo, dovremo poi occuparci nella parte speciale quando esse ci si presenteranno sorgenti dai conflitti fra le differenti legislazioni.

Prima d'ogni altra studieremo la questione se gli atti tutti (siano o meno autentici o lo siano *ad solemnitatem* o *ad probationem*) fatti secondo la *lex loci actus* debbano esser validi, e perchè lo debbano nella patria dei disponenti o contraenti: poi vedremo se solo la *lex loci actus* sia competente a regolarne la forma, ossia se la regola *l. r. a.* sia obbligatoria o facoltativa.

Per ora esaminiamo i più gravi e frequenti conflitti ch'è possibile sorgano, quelli, cioè, fra la legge personale delle parti e la legge del luogo di redazione dell'atto: vedremo poi se i conflitti di questa con la legge di situazione degli immobili o con la legge del luogo in cui gli atti debbono valere o con altre leggi possano condurci a stabilire delle eccezioni.

Per gli atti per privata scrittura o verbali tre ipotesi possono presentarsi: o nella patria del contraente o disponente e nel *locus actus* le formalità prescritte sono identiche, o sono differenti pur essendo per l'atto prescritta egualmente in ambidue gli Stati la forma scritta o la verbale, o infine, in uno è richiesta la forma scritta e nell'altro la verbale. Il primo caso non presenta difficoltà; siamo in ipotesi di diritto uniforme da cui non può sorgere conflitto: ma nelle altre due ipotesi alcuni (1) vorrebbero che la regola non fosse applicabile, specie quelli che credono unica ragion d'essere del principio *l. r. a.*, la necessità. L'adagio è fondato, dicono, sulla necessità, sulla impossibilità, cioè, in cui si trova lo straniero di seguire altre forme che quelle del luogo nel quale si trova; ora questa impossibilità non c'è quando per la redazione dell'atto non è richiesto l'intervento di nessun pubblico ufficiale; le parti compiono esse medesime l'atto, nulla impedisce loro di farlo secondo la legge del loro paese: perciò la regola *l. r. a.* non è in tal caso applicabile e due francesi, per es., che si trovino all'estero e concludano una convenzione sinallagmatica devono fare due copie dell'atto secondo le prescrizioni dell'art. 1325 Cod. civ. franc. anche se la legislazione locale questa formalità non richieda.

---

(1) Pothier, *Traité des donat. testam.*, chap. I, art. 2, § 1; Hartogh, *op. cit.*, pag. 135 e seg.; Ducaurroy, Bonnier et Roustan, *Comm. théor. et prat. du Code civ.*, vol. I, n° 26 e seg. e Bouhier ivi cit.; Duranton, *Cours de dr. civ.*, vol. I, pag. 56; Prévôt de la Jannès, *Disc. sur la distinct. des statuts*, sect. III, pag. 80 cit. ap. Weiss, *op. cit.*, pag. 251, nota 4; Delvincourt, *Cours de droit civil*, vol. I, pag. 38; Thoel cit. ap. Asser-Rivier, *op. cit.*, n° 27, nota 2, pag. 62; Lacanal, *op. cit.*, pag. 8.

Per chi, come noi, non ammette che la necessità o l'opportunità sia ragione sufficiente dell'efficacia della regola nostra, evidentemente questo ragionamento non torna, ma anche dalla maggior parte di quelli (1) che quel fondamento ammettono, la conclusione di derogare in tal caso alla regola non è accolta. Prima perchè alle volte le parti non sono connazionali e dato che le loro leggi personali siano differenti è loro impossibile di seguire insieme le prescrizioni dell'una e dell'altra, nè c'è ragione per far prevalere l'una all'altra; poi perchè se fossero anche connazionali « non si può supporre che il loro legislatore abbia avuto la pretesa di regolare la forma degli atti siano pure non autentici, che i suoi concittadini fossero per compiere all'estero »; inoltre perchè se non v'è necessità assoluta e legale di osservare le forme locali vi è spesso necessità di fatto; il più delle volte le parti non conoscono la forma nazionale e quando si rivolgono agli avvocati, notai, agenti d'affari del luogo, questi applicheranno la legge loro ch'è quella che ordinariamente conoscono: finalmente le formalità speciali come quelle prescritte dagli art. 1325 e 1326 Cod. civ. franc. e quelle richieste dagli art. 1325 e 1326 Cod. civ. ital. e tutte le altre analoghe d'altre legislazioni sono state stabilite come garanzia contro la mala fede e la frode: « or, les étrangers sont tout aussi intéressés que les indigènes à se procurer une preuve littérale qui soit à l'abri de la chicane et du dol; donc l'acte doit être rédigé dans les formes légales, selon le lieu où il est dressé » (2).

Quest'ultima ragione ha per noi valore maggiore di tutte le altre, visto appunto il fondamento da noi posto alla regola *l. r. a.*, e ce ne fa quindi ammettere la piena applicazione per tutti gli atti non autentici.

Una difficoltà può sorgere relativamente alla validità degli atti compiuti verbalmente in un paese dove ciò sia concesso da individui cui la legge personale imponga la scrittura privata: ma tale questione si connette con altra e insieme a questa più oltre la tratteremo.

2. Maggiori difficoltà sorgono relativamente agli atti autentici *ad probationem*. Prima quella che nasce dal differente genere d'autenti-

(1) Merlin, *Répert.*, v° *Testam.*, sect. 2, § 4, art. 1, n° 3; Foelix, *op. cit.*, vol. I, n° 79; Asser, *op. cit.*, n° 27; Demolombe, *op. cit.*, n° 106; Despagnet, *op. cit.*, n° 271 B; Duhaut, *op. cit.*, pag. 216; Surville-Arthuys, *op. cit.*, n° 190; Demangeat, *J. D. I. P.*, 1880, pag. 382; Weiss, *op. cit.*, pag. 251; Aubry-Rau, *Cours dr. civ. fr.*, vol. I, § 31, pag. 111; Laurent, *op. cit.*, vol. II, n° 238.

(2) Laurent, *op. cit.*, loc. cit.

città: può essere che il carattere d'autentico sia in uno Stato dato agli atti ricevuti da un magistrato, in un altro a quelli ricevuti da un notaio, in un terzo a quelli rogati alla presenza di un certo numero di testimoni o in altro modo: dovrà in questo terzo Stato esser riconosciuto per autentico un atto fatto da un suo cittadino in un paese dove la presenza di quel numero di testimoni non basta a dare a quell'atto il carattere d'autenticità? Evidentemente no: ogni legislatore è solo competente a stabilire entro al suo territorio quali sono i modi coi quali un atto deve essere compiuto per essere autentico: l'autorità che hanno, per es., da noi i notai di dare il carattere d'atto autentico a quelli da essi ricevuti, deriva loro esclusivamente dallo Stato nostro e non potrebbe da altri Stati derivare. Se si ammettesse una soluzione differente si arriverebbe all'evidente assurdo che un atto fatto in Italia davanti a quattro testimoni da uno straniero di cui la legge prescrive questa formalità perchè un atto sia autentico, sarebbe come tale considerato nella patria del disponente, mentre non sarebbe certo autentico nel luogo in cui fu compiuto.

Pure di facile soluzione è l'altra questione se sia applicabile la regola *l. r. a.* nel caso che in uno Stato per un certo negozio giuridico sia prescritto l'atto autentico, quando secondo la legge della patria delle parti basta la scrittura privata. L'atto autentico senza dubbio sarà valido: *utile per inutile non vitiatur.*

Ma se l'atto richiesto autentico dalla legge nazionale fosse fatto per scrittura privata in luogo dove questa forma è sufficiente? A dimostrarne la validità soccorrono in questo caso tanto le ragioni di quelli che vogliono la regola *l. r. a.* essere giustificata dalla necessità o dalla opportunità quanto le altre giustificazioni tutte, la nostra compresa. È il caso in cui nessuna divergenza v'è fra i diversi giuristi (1): e ciò è naturale, perchè in qualunque modo si dia giustificazione alla regola, questa in tal caso sarà applicabile. Lo sarà secondo gli uni perchè nell'ipotesi fatta realmente la necessità lo impone o almeno l'opportunità lo consiglia, secondo gli altri perchè l'atto, come dice il Boullenois « est né citoyen du lieu et doit être vêtu à la manière de son pays », o perchè le parti diventano per la redazione dell'atto *subjecti temporanei* dello Stato in cui si trovano, ecc. ecc. Secondo noi perchè le forme riguardano l'ordine pubblico e quando

(1) Vedi autori tutti citati nelle pagine precedenti e nelle seguenti e nel cap. II.

siano seguite quelle del luogo, esse sono più che sufficienti a garantire della manifestazione libera, sincera e spontanea della volontà.

Questa soluzione deve per le stesse ragioni applicarsi al caso più sopra ricordato di un atto conchiuso verbalmente in luogo dove ciò fosse sufficiente fra individui di cui la legge personale richiedesse la forma scritta.

3. Ma non tutti gli atti autentici sono tali *ad probationem:* alcuni ve ne sono pei quali l'autenticità è richiesta *ad solemnitatem*, per adoperare le espressioni comuni. I quali, dicono alcuni (1), non possono essere soggetti per la forma alla *lex loci actus.*

Per questi atti, continuano, quali la donazione, il contratto di matrimonio, l'ipoteca secondo molti Codici, l'autenticità è richiesta assolutamente. In essi bisogna distinguere la solennità e la forma della solennità. La *lex loci actus* sarà competente a regolare la forma della solennità ma non la solennità, ossia due italiani, per esempio, faranno validamente all'estero un contratto di matrimonio davanti a un magistrato se in quel paese è il magistrato e non il notaio quello che dà autenticità agli atti, ma non sarà valido il contratto da essi fatto per scrittura privata in Inghilterra, dove pure questa forma è sufficiente, e ciò perchè in tal caso la solennità prescritta non è una forma ma una condizione intrinseca di validità, essa riguarda la sostanza dell'atto ed è altrettanto essenziale alla sua validità quanto la capacità de' contraenti.

Le ragioni poi che hanno fatto adottare la regola *l. r. a.* non sono tanto forti da non far tener conto di questa esigenza, poichè, per quanto largamente un legislatore conceda a' suoi cittadini di fare gli atti all'estero validamente secondo le forme locali, esso non può mai permetter loro di liberarsi dalle condizioni che riguardano la parte essenziale del diritto e che continuano dovunque ad esser rette dalla legge nazionale dello straniero. Così che se si considera « à la lumière des principes », come dice il Demangeat, il valore relativo della solennità fra le condizioni imposte agli atti autentici, si è condotti a concludere ch'essa costituisce precisamente una delle condizioni alle

(1) Laurent, *op. cit.*, n[i] 238 e seg.; Demangeat, *J. D. I. P.*, 1880, pag. 385, e *Histoire de la cond. civ. des étrang.*, pag. 340; Lacanal, *op. cit.*, pag. 3 e seg.; Duranton, *op. cit.*, vol. I, pag. 56; Gand, *Code des étrang.*, n° 358; Durand, *Saggio di dir. int. pr.*, n° XXVI; Bertauld, *Quest. doctr.*, vol. I, n° 154; Dalloz, *Répert.*, v° *Lois*, n° 417; Bianchi, *Elem. di dir. civile*, VI, 1, § 181, pag. 298; Massé, *Le dr. comm.*, vol. I, n° 567.

quali la legge ha subordinato l'esistenza giuridica di questa categoria d'atti e che nessuna circostanza, neppure la forza maggiore, l'autorità di nessun adagio, non possono far sì che questi atti riuniscano i loro caratteri costitutivi, quando questi caratteri in fin dei conti mancano (1).

Ma perchè poi alcune leggi hanno imposto alla donazione, al contratto di matrimonio, ecc., la condizione della solennità? Da quali considerazioni sono state spinte a farlo? A queste domande il Laurent ed altri (2) rispondono: « Per quanto riguarda l'ipoteca, il regime ipotecario è organizzato in modo d'assicurare ai proprietari il credito che possono avere in ragione degli immobili che possiedono: mira dunque a sviluppare la ricchezza privata e pubblica: ora la ricchezza è un elemento di civiltà e di progresso, ciò che è il più grande degli interessi sociali » e quindi il legislatore prescrive per la costituzione d'ipoteca tutte le cautele possibili e fra queste la solennità dell'atto; per la donazione altri motivi, egualmente di interesse generale, hanno obbligato il legislatore a prescrivere delle forme severe. Le donazioni spogliano le famiglie: quando la liberalità è fatta con uno spirito di beneficenza il donatore è nel suo diritto, purchè non oltrepassi la disponibile; ma vi è uno scoglio e un pericolo, vi è la seduzione, la captazione che assediano il donante e gli strappano delle liberalità alle spese della famiglia. Occorrono delle garanzie per la società, ne occorrono per gli individui. Il legislatore deve dunque intervenire per un interesse sociale. Analoghe ragioni d'interesse della società consigliano il legislatore a far solenne il contratto di matrimonio per l'importanza di esso, per la difficoltà di determinarne la natura e gli effetti, ecc., e il riconoscimento di figlio naturale per la gravità dell'atto, delle sue conseguenze, ecc. ecc.

Dunque, secondo il Laurent, quando all'estero si compiano questi

(1) DURANTON (*Cours de dr. civ.*, vol. I, pag. 56) a queste ragioni aggiunge che la regola *l. r. a.* non è applicabile in questo caso anche perchè, secondo i motivi sui quali è fondata, deve essere limitata alla misura della necessità e perchè potendo sempre la condizione di autenticità essere osservata all'estero è inutile di dispensarne i nazionali quando non si trovano in patria: due ragioni queste, la prima delle quali è facile ritorcere contro il Duranton per sostenere il contrario, la seconda basata su di un presupposto errato: su questa del resto dovremo ritornare parlando della obbligatorietà della regola nostra.

(2) LAURENT, *op. cit.*, vol. II, ni 240 e 241. Vedi anche LACANAL, *op. cit.*, pag. 3 e seg.

atti la legge che determinerà se si devono fare autenticamente sarà per l'ipoteca la legge di situazione dell'immobile, per il contratto di matrimonio e per il riconoscimento di figlio naturale la legge degli sposi (1), o del padre: per la donazione vi è dubbio se debba prevalere la legge del donatore o quella del luogo di situazione degli immobili donati (2).

Ma questa teoria che abbiamo cercato di riassumere completamente e esattamente non persuade moltissimi giuristi (3) i quali oppongono:

I. La regola *l. r. a.* si applica alla forma, ma la differenza fra l'atto autentico e l'atto per scrittura privata è unicamente una differenza di forma; dunque la forma per scrittura privata in un paese che ammette questa forma in un tale atto deve equivalere alla forma autentica in un altro paese che esige invece l'autenticità; poichè questa differenza non è intrinseca ma estrinseca: essa non è differenza di sostanza ma di forma e come tale è soggetta alla nostra regola.

II. La necessità pure lo esige: prima perchè non esistono in ogni paese pubblici ufficiali incaricati di ricevere e di rogare gli atti ai quali le parti vogliono o devono dare il carattere d'autenticità, poi anche se esistessero, che cosa avverrebbe se essi rifiutassero di rice-

---

(1) Ma uno degli sposi appartiene a un paese che richiede la forma solenne e l'altro a uno che non la ritiene necessaria? Il Laurent questa ipotesi non fa e quindi non risolve la difficoltà.

(2) LAURENT, *op. cit.*, loc. cit. e vol. VI, n° 390 e seg. La cagione del dubbio sta, secondo lui, nella difficoltà di sapere se la forma solenne sia prescritta per avere una garanzia che la liberalità sia l'atto di una volontà libera e di una coscienza illuminata (nel qual caso la legge che determinerà se l'atto deve essere o meno solenne sarà quella personale del donante) o per ostacolare le donazioni onde conservare i beni alle famiglie (nel qual caso la legge prevalente sarà la *lex rei sitae*). Il dubbio pel Laurent è così grave che nel primo volume dice che « lo statuto della solennità per le donazioni è reale », nel sesto, che « lo statuto della solennità è personale ».

(3) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 106; SURVILLE-ARTHUYS, *op. cit.*, n° 191; DESPAGNET, *op. cit.*, n° 274; FOELIX, *op. cit.*, n° 76 e seg.; AUBRY e RAU, *op. cit.*, § 31, pag. 109 e seg.; WEISS, *op. cit.*, pag. 252; DUHAUT, *op. cit.*, pag. 223 e seg.; ZACHARIAE, *Droit civil*, § 31; FEBVRE, *op. cit.*, pag. 152 e seg.; HAUS, *Dr. pr. des étrang.*, n° 84; ASSER-RIVIER, *op. cit.*, n° 27; CASANOVA-BRUSA, *op. cit.*, lez. 34; LOMONACO, *op. cit.*, cap. VII, § 2; DI STEFANO, *op. cit.*, cap. V; VON BAR, *Theorie*, n° 122; MUHEIM, *Die Prinz. d. intern. Privatr.*, Allg. Th., § 9; SCHAEFFNER, *Entwicklung*, § 85.

vere un atto che non sta nelle loro attribuzioni e pel quale effettivamente non hanno potere, perchè nel paese in cui l'atto si conchiude esso non è fatto che per scrittura privata? Inoltre non è possibile forse che il pubblico ufficiale rifiuti il suo ministero allo straniero per ragione della sua qualità di straniero? (1).

III. La nostra regola non è unicamente fondata sulla necessità ma anche sulla buona fede, sull'equità, sull'interesse pubblico che comandano la stabilità degli atti e dei contratti lealmente fatti secondo le forme della *lex loci*, le sole forme che, ordinariamente, siano state indicate e anche che abbiano potuto essere indicate alla parte che se ne informava. Vi sono in ciò dei pericoli! È vero: ma non ve ne sono forse e anche di più gravi nel sistema contrario? Non si è forse spaventati dall'ingiustizia, dal disordine che produrrebbe l'annullamento degli atti sinceramente, onestamente fatti in paese straniero e sulla fede de' quali diritti importantissimi hanno potuto stabilirsi, famiglie stesse formarsi?

IV. Sarebbe contrario pure alla buona fede annullare nel nostro paese gli atti fatti all'estero da un nostro cittadino e uno straniero, perchè non sono stati fatti secondo la forma prescritta dalla legge nostra, legge di cui lo straniero non è tenuto a conoscere le disposizioni (2).

Però a queste argomentazioni non si chetano quelli che non vogliono applicare la regola *l. r. a.* agli atti solenni: i nostri avversari, oppongono (3), sono obbligati a disertare il terreno del diritto puro, a disconoscere il carattere giuridico della solennità, ad invocare l'interesse della buona fede: la loro dottrina consiste a subordinare il diritto all'interesse. Non bisogna ragionare secondo ipotesi poco

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, loc. cit., nota; Weiss, *op. cit.*, loc. cit.

(2) Non credo di dovermi occupare degli argomenti opposti dal Di Stefano Napolitani (*op. cit.*, cap. v, § 3 e seg.) al Laurent, quando sono fondati su affermazioni come queste: « in *ogni* contratto bisogna distinguere la convenzione e la scrittura », come se contratti anche solenni non potessero esservi senza scrittura, come le *obligationes verbales* del diritto romano antegiustinianeo. « Requisiti essenziali alla esistenza di un contratto sono soltanto quelli che riguardano la convenzione »! « Se il legislatore avesse dovuto contemplare il solo interesse dei contraenti non si sarebbe affatto occupato di regolare la forma dei contratti »!! « Il consenso, come elemento giuridico, esiste nella sua espressione letterale, senza bisogno di nessuna formalità o solennità »!!!, ecc., ecc.

(3) Vedi specialmente Demangeat, *op. cit.*, loc. cit.; *J. D. I. P.*, 1880, pag. 385 e Lacanal, *op. cit.*, loc. cit.

verosimili, anormali, quasi strane come quella di uno Stato dove non esistano ufficiali incaricati di dare autenticità agli atti o di un notaio che rifiuti il suo ministero ad uno straniero perchè è straniero: in tal caso questi si rivolgerà alle autorità competenti per obbligare il notaio a ricevere l'atto: nè la buona fede può valere per il caso di un contratto conchiuso all'estero fra un nostro cittadino e uno straniero: questi dovrà informarsi così della capacità dell'altro contraente come delle disposizioni della legge nostra relativamente alla forma da dare a quell'atto.

E invero alcuni degli argomenti adotti dagli avversari del Laurent non persuadono manco noi, poichè la necessità non basta, a nostro credere, a giustificare l'applicazione della regola (che se anche bastasse dovrebbe, a rigor di logica, essere invocata solo quando vera necessità esiste, non in tutti gli altri casi) e perchè ragionano realmente su ipotesi poco verosimili. Ma se anche alcune delle loro argomentazioni non sono di gran valore, non esitiamo a schierarci dalla loro parte e a riconoscere anche in questo caso la piena competenza della *lex loci actus* a regolarne la forma e ciò specialmente per due ragioni: la prima non ha bisogno di lunga dimostrazione per chi ci abbia seguìti fin qui; nel precedente capitolo abbiamo distinti gli elementi formali di un atto da quelli sostanziali e non per una vana ricerca abbiamo indagato che cosa sia la forma, ma precisamente per impedire che in casi speciali come in questo essa possa esser confusa con la sostanza. Ora, per quanto si vogliano elevare in importanza gli elementi dell'atto che si riferiscono ai mezzi di manifestazione della volontà, sì da farne condizione esclusiva dell'esistenza dell'atto medesimo, nondimeno non si potrà mai fare di essi ciò che non sono, non si potrà mai mutarli da forma in sostanza: ma essendo elementi formali dovranno, per ciò che sopra dicemmo (1), essere sottoposti alla *lex loci actus*. Si poteva dubitare che la solennità non appartenesse alla sostanza dell'atto quando il Demolombe, Aubry e Rau e gli altri, si limitavano ad affermarlo semplicemente (2), senza dimostrarlo con un'accurata analisi della forma (visto specialmente il differente modo d'intendere questa parola) e senza notare

---

(1) Cap. III, n° 18.

(2) Ed invero la loro è una semplice affermazione: non si trova nè in quel punto nè in altro dei loro scritti la *dimostrazione* che anche la solennità appartiene alla forma dell'atto e una distinzione netta e chiara fra forma e sostanza.

la differenza esistente fra atti autentici *ad probationem* ed atti autentici *ad solemnitatem* (1) e si poteva pure credere, anche ammettendo che la solennità sia solo forma, che gli atti solenni non fossero almeno in ogni caso da sottoporsi alla regola nostra in conseguenza del fondamento non giuridico che a questa generalmente si dà, ma per noi, dopo l'analisi fatta della forma e il fondamento giuridico dato alla regola, il dubbio non può esistere più (2).

Ma un'altra ragione possiamo invocare in favor nostro: il Laurent e gli altri ammettono l'applicazione della regola *l. r. a* agli atti autentici *ad probationem* perchè in questi la forma serve, dicono, esclusivamente alla prova; non la vogliono applicata agli atti solenni perchè in questi la forma non serve solo alla prova ma anche a garantire il credito pubblico e privato nella costituzione d'ipoteca, a impedire che si disperdano i beni delle famiglie nella donazione, ecc., a proteggere insomma le parti e l'interesse generale.

Ora, questa netta distinzione fra atti solo *ad probationem* ed atti *ad solemnitatem* non ci sembra che sotto un certo aspetto possa essere completamente accettata: sebbene alcune forme siano prescritte dal legislatore allo scopo principale di servire alla prova del negozio giuridico ed altre specialmente per garantire la libera e spontanea manifestazione del consenso, tuttavia nessuna forma ha solo ed esclusivamente l'uno o l'altro fine: siano le forme autentiche o per scrittura privata o verbali, oltre che alla prova, esse servono a richiamare l'attenzione delle parti, a impedire la precipitazione, a render difficile la frode, ecc. ecc.; se così non fosse, non vi sarebbe

(1) Il non aver curato il DEMOLOMBE (*op. cit.*, loc. cit.) di notare questa differenza esistente è un'arma in mano del LAURENT (*op. cit.*, vol. II, n° 238); il quale dopo averne citate le parole « la différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé est uniquement une différence de forme » soggiunge: « Demolombe confond toutes choses », non distingue gli atti autentici *ad probationem* da quelli *ad solemnitatem* ed è solo di questo che si fa questione: le sue argomentazioni non invalidano dunque la mia tesi.

(2) La distinzione fra forma e sostanza anche negli atti solenni s'impone anche a chi vorrebbe negarla: così il LAURENT dopo aver affermato che la solennità è un elemento sostanziale, nella pagina seguente (vol. II, pag. 437) dice che il contratto di matrimonio non fatto per atto autentico è « nul *en la forme!* ». È curioso poi l'avvertire che chi più d'ogni altro sostiene la tesi a noi contraria è il LAURENT, il giurista cioè che riconduce, analogamente a noi, la regola *l. r. a.* a un principio d'ordine pubblico! Da questa premessa a quella conclusione il vizio logico è evidente.

bisogno che il legislatore stabilisse delle forme esclusivamente *ad probationem* poichè il negozio giuridico si dovrebbe calcolare come validamente contratto ogni volta che con altri mezzi di prova non corrispondenti a quelli prescritti dalla legge la dichiarazione di volontà dei contraenti diretta alla conclusione del negozio in questione fosse provata in modo altrettanto evidente (e potrebbe anche essere molto più evidente) di quello che risulta dalla forma dalla legge prescritta: ma questo non è, e non è appunto perchè quando, per esempio, il legislatore italiano ha stabilito che le transazioni (Cod. civ., art. 1314, nº 7) devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata ha pensato in ispecial modo ad escludere la prova della transazione fatta in altro modo da quello prescritto, ma anche a richiamare l'attenzione de' contraenti a quel negozio, a impedire la precipitazione, ecc. (1).

Che se dopo tutto questo ancora non si volesse dare nessuna autorità alla *lex loci actus* per regolare la forma degli atti solenni, vediamo quali ne sarebbero le conseguenze pratiche: un inglese che secondo la sua legge può fare una donazione per scrittura privata, dona ad un suo connazionale, mentre ambedue si trovano in Austria, dove la scrittura privata è pure sufficiente, un immobile esistente in Italia, seguendo per la forma la *lex loci actus* che in questo caso è identica alla legge personale de' contraenti: sarà valida? No, rispondono, perchè il legislatore italiano, pensando che le donazioni spogliano le famiglie, che le seduzioni e captazioni assediano il donante, ecc., è intervenuto a stabilire che le donazioni devono farsi per atto solenne: quindi lo statuto della forma è reale. Lasciando anche di notare che una deroga alla norma *l. r. a.* fatta per tutelare la buona fede conduce all'assurdo di far dichiarare invalido un atto in piena buona fede concluso fra due stranieri secondo la forma della loro legge personale eguale alla forma della *lex loci actus*, non si può forse osservare che l'interesse generale che ha in Italia richiesto la forma solenne per le donazioni non è affatto minore di quello inglese che le ha permesse per scrittura privata, anzi che

(1) Cfr. Von Bar, *op. cit.*, nº 121 e Di Stefano, *op. cit.*, loc. cit. Non riesco infine a comprendere perchè fra gli atti solenni che dovrebbero essere fatti all'estero secondo la forma della legge personale non comprendano anche il matrimonio per il quale invece ammettono la prevalenza della *lex loci actus*. Eppure se vi è un atto solenne per eccellenza è proprio il matrimonio.

trattandosi d'impedire che « le donazioni spoglino le famiglie » sarebbe più logico di far regolare la forma dell'atto dalla legge nazionale del donante da cui i rapporti di famiglia son retti ed ammettere quindi valido l'atto? Su tanto poco solide basi è fondata la tesi del Laurent che egli nel secondo volume accoglie la prima soluzione, nel sesto la respinge dicendo che lo statuto deve essere personale. E forse (e invero, date le premesse, sarebbe logico che fosse così) la solennità della donazione tornerebbe ad essere retta dalla *lex rei sitae* se nessuna famiglia fosse interessata a questo negozio per essere il donatore celibe.

Ora queste ipotesi si potrebbero continuare per più e più pagine applicandole pure alla costituzione d'ipoteca, al contratto di matrimonio, al riconoscimento di figli naturali e sempre, se si segue la tesi che combattiamo, si arriverà a soluzioni almeno in parte assurde, e mai sicure.

Un ultimo argomento potrebbero opporci i nostri avversari: quello cioè che quando un legislatore prescrive per un negozio giuridico la forma solenne viene con ciò a vietare ai suoi cittadini di farlo in altra forma tanto all'interno che all'estero: ma allora la questione si presenterebbe sotto un altro aspetto, quello del divieto della legge personale di compiere un atto altro che in una forma prestabilita: ipotesi che esamineremo a suo luogo.

Non possiamo però abbandonare la questione che ci occupa senza aver prima riferito l'opinione del Fiore (1), il quale non crede che nè l'una nè l'altra delle diverse soluzioni si possa accettare in senso assoluto e senza certe distinzioni. Egli trova « sotto un certo punto di vista esatto che la differenza fra l'atto privato e l'atto pubblico sia una differenza di forma e che stando sulle generali si possa ammettere che la necessità stessa dell'autenticità, considerata come condizione per dare esistenza giuridica all'atto, debba essere determinata secondo la legge imperante nel luogo in cui l'atto è posto in essere »; crede però che « la questione della forma privata o pubblica dell'atto si può considerare sotto altro rispetto, cioè come *modo della manifestazione legittima del consenso*, e, così considerata, non può essere risoluta nella stessa maniera di qualsiasi questione di semplice forma esteriore ». Così quando il nostro legislatore richiede sotto pena di nullità l'atto autentico pel riconoscimento del

(1) FIORE, *op. cit.*, vol. I, n[i] 234 e seg.

figlio naturale, non dispone con ciò « soltanto circa la forma esteriore dell'atto di riconoscimento, ma vuole con ciò determinare quando il *consenso si possa ritenere legittimamente manifestato* ». È per prevenire le sorprese e i raggiri che ha prescritto l'atto autentico; la dichiarazione del padre che produce tanto importanti conseguenze non poteva essere abbandonata « alla fragile garanzia dell'atto per scrittura privata »; quindi l'italiano anche all'estero dovrà sotto pena di nullità riconoscere il figlio naturale per atto autentico. All'art. 9 deve fare eccezione l'art. 6 secondo il quale i rapporti di famiglia sono retti dalla legge nazionale: altrimenti mancherebbe il « consenso legittimamente manifestato ». Invece per le stesse ragioni il figlio naturale di madre italiana potrebbe essere riconosciuto dal padre straniero nel suo Stato con atto privato se colà la legge si contenta di questa forma. Egualmente un italiano non potrà fare all'estero validamente un contratto di matrimonio per scrittura privata perchè « i rapporti di famiglia derivano dal matrimonio e dal contratto di matrimonio e come i coniugi non possono sottomettersi ad una legge straniera nello stabilire il regime dei beni, così non possono sottomettersi ad essa nello stipulare con un atto privato quanto concerne il regime dei beni medesimi ». Se invece è uno straniero che prenda in moglie una italiana e secondo la legge dello sposo fosse ammessa la forma non autentica, questa sarebbe sufficiente anche per gli immobili esistenti in Italia. E nello stesso senso giudica della donazione.

Ci duole di non poter seguire l'opinione dell'illustre giurista. L'analisi fatta della nozione di forma ci conduce a non poter ammettere che esistano forme che non servano alla manifestazione legittima del consenso. Tutte le forme scritte e orali, pubbliche e private, semplici e complesse servono alla manifestazione legittima del consenso e non soltanto quelle autentiche. Quando il legislatore prescrive una forma, qualunque sia, stabilisce il modo con cui il consenso deve essere manifestato per produrre effetti giuridici tanto se dice che la donazione deve essere fatta per atto autentico quanto se stabilisce che i contratti di locazioni d'immobili possano essere fatti per scrittura privata, appunto perchè la forma altro non è che il complesso dei mezzi richiesti dalla legge per la manifestazione della *volontà*.

E non serve, ci sembra, l'osservarci che per la donazione, il contratto di matrimonio, ecc., la forma autentica è prescritta sotto

pena di nullità per la manifestazione legittima del consenso e che invece, per esempio, per le convenzioni sopra un oggetto il cui valore eccede le lire cinquecento, secondo il nostro Codice (art. 1314), la scrittura non è assolutamente necessaria perchè la convenzione può essere anche provata per confessione del debitore, per principio di prova scritta, ecc., perchè in tal modo si verrebbe a connettere le questioni sulla validità dell'atto con quelle sulla prova: ora a noi molto mediocremente interessa che un negozio giuridico possa o non possa essere provato in uno o in altro modo; le nostre ricerche si limitano alla validità dell'atto e ci sembra quindi che altrettanto si può dire essere *legittimamente manifestato il consenso* con forma scritta per una convenzione sopra un oggetto di valore superiore alle lire cinquecento quanto *è legittimamente manifestato* con forma autentica per una donazione.

Non possiamo seguire quindi il Fiore nè nella sua tesi nè nelle applicazioni di questa.

4. Finora abbiamo riconosciuto che la regola nostra può trovare applicazione agli atti di qualunque genere quando la *lex loci actus* prescriva circa alla forma dell'atto differentemente dalla legge nazionale de' disponenti o contraenti; non troverà pure applicazione quando la differenza esiste fra la *lex loci actus* e la *lex rei sitae* o la *lex loci executionis* o la *lex domicilii* o finalmente la *lex fori?* Esaminiamo successivamente le differenti ipotesi.

L'osservanza al principio tradizionale che i beni immobili devono essere retti dalla legge del luogo in cui sono situati conduce alcuni (1) ad escludere la regola nostra per gli atti fatti all'estero agli immobili relativi: se una legislazione, dicono, prescrive forme particolari per il trasferimento della proprietà e per la costituzione di diritti reali immobiliari questa legge deve imperare dovunque: è per considerazioni d'indole economica che il legislatore stabilisce quelle forme; tutto il regime della proprietà fondiaria è a queste strettamente legato e sarebbe recar offesa ad esso l'ammettere che con altre forme differenti da quelle dalla *lex rei sitae* prescritte si potesse validamente trasferire la proprietà di un immobile o su di esso costituire qualche diritto.

---

(1) Massé, *op. cit.*, vol. I, n° 567; Gand, *op. cit.*, n° 359; Laurent, *op. cit.*, nⁱ 241 e seg.; Von Bar, *op. cit.*, n° 119; Fiore, *op. cit.*, vol. I, part. gen., cap. vi; Mankiewicz, *op. cit.*, § 5, pag. 36.

Ma la maggioranza dei giuristi (1), alla quale ben volentieri facciamo adesione, giustamente osserva che non si può confondere negli atti translativi di proprietà l'elemento convenzionale che produce l'obbligazione personale e che è relativo alla manifestazione della volontà, col trasferimento del diritto reale. Nella trasmissione di questi diritti la volontà non è la circostanza decisiva differentemente da ciò che avviene nei contratti ordinari. Per motivi d'interesse generale, per considerazioni d'indole economica, stabilità e sicurezza nel possesso dei beni, credito pubblico, ecc., ogni legislazione stabilisce che il trasferimento della proprietà o la costituzione dei diritti reali non sia effettiva ed opponibile ai terzi che in seguito a trascrizione, inscrizione ipotecaria, tradizione, intavolazione e così via: queste disposizioni sono reali, *in rem*, si applicano a tutti i beni posti nel territorio sottomesso alle leggi che le prescrive e quelli che fanno delle convenzioni a quegli immobili relative devono sottomettersi alla *lex rei sitae* a qualunque Stato appartengano e dovunque si trovino: se così non fosse, lo stato civile, per così dire, degli immobili esistenti in un paese sarebbe incerto; non ci sarebbe modo di assicurarsi contro le evizioni, la proprietà fondiaria sarebbe deprezzata per la poca sicurezza dei diritti, la situazione economica del paese ne verrebbe a soffrire, si avrebbe realmente un danno sociale. Ma per quanto si riferisce invece all'elemento convenzionale negli atti translativi di proprietà non v'è motivo alcuno per derogare alla regola nostra: la rigidità della legge di situazione degli immobili e più specialmente l'estensione che da alcuni ad essa si vuol dare non trova altra giustificazione che nella tradizione: dopo avere accolto in un Codice, come nel nostro, il principio che gli immobili sono retti dalla *lex rei sitae* il legislatore è obbligato a derogarvi in casi speciali e più larghe deroghe ad esso porta, per fortuna, la giurisprudenza, intendendo giustamente che secondo la legge della situazione si debba giudicare della divisione fra beni mobili ed immobili, della determinazione degli immobili per natura e per destinazione, del regolamento

(1) Savigny, *op. cit.*, vol. VIII, § 381; Waechter, *op. cit.*, § 24, Archiv XXV, pag. 188; Asser-Rivier, *op. cit.*, n° 29; Foelix, *op. cit.*, n° 76; Duguit, *op. cit.*, pag. 223; Demolombe, n° 107; Despagnet, *op. cit.*, n° 268; Surville-Arthuys, *op. cit.*, n° 185; Duhaut, *op. cit.*, pag. 230; Lacanal, *op. cit.*, pag. 18 e seg.; Marcadé, *Droit civil*, art. 3; Rocco, *Trattato*, pag. 486; Casanova, *op. cit.*, lez. 34, pag. 403; Esperson, *Le dr. int. pr. dans la lég. ital.; J. D. I. P.*, 1881, pag. 216.

del diritto di proprietà, della determinazione dei diritti reali, dell'accessione, delle servitù legali, naturali, d'utilità pubblica, del possesso, degli atti imposti per il trasferimento *erga omnes* dei diritti reali; tutto ciò è regolato secondo considerazioni economiche: affinchè lo scopo che si prefigge la legge sia raggiunto, queste disposizioni devono applicarsi a tutte le particelle del suolo nazionale indipendentemente dalla nazionalità dei possessori. Ma quanto all'elemento puramente convenzionale negli atti relativi al trasferimento dei diritti immobiliari, quanto ai contratti obbligatori relativi agli immobili perchè applicare lo statuto reale? (1). Non solo, ma applicandolo non si arriva forse praticamente alla conseguenza di imporre ad un individuo che possieda dei beni posti in differenti Stati di fare probabilmente invece di un solo atto tanti atti quanti sono gli Stati in cui i beni sono situati? (2).

Non ci dissimuliamo certo che la nostra tesi presenta parecchie difficoltà nell'applicazione, specialmente per quelle legislazioni che come la nostra relativamente alla vendita (art. 1448 Cod. civ.) non accolgono la netta distinzione del diritto romano fra effetti obbligatori ed effetti reali dei contratti relativi alle cose: ma ci riserviamo di ritornare più sotto sulla questione, quando dall'esame dei diritti positivi potremo sapere esattamente quali conflitti sorgano e quali difficoltà possano presentarsi.

Le deroghe alla *lex loci actus* per regolare la forma degli atti non solo possono essere fatte in favore della *lex rei sitae* ma anche, secondo alcuni giuristi, in favore della *lex domicilii:* anzi per tutti quelli che credono dover essere lo stato e la capacità della persona retti dalla legge del domicilio, le occasioni di conflitto si sollevano nei casi di divergenza fra questa e la *lex loci actus*, non in quelli fra quest'ultima e la legge nazionale: per noi, seguaci convinti del principio della scuola italiana, il dubbio non può nascere: le stesse ragioni (che qui del resto sarebbe inutile e inopportuno esporre) che

(1) Cfr. LACANAL, ROCCO ed ESPERSON, *op. cit.*, loc. cit.

(2) Data la soluzione nostra si può credere giuridicamente fondata una disposizione legislativa che stabilisse doversi fare in una determinata forma sotto pena di nullità anche all'estero i contratti relativi ad immobili esistenti sul territorio soggetto alla legge contenente quella disposizione? Tale questione si connette con quella del divieto posto dalla legge personale di non fare certi atti all'estero altro che in una certa forma e insieme a questa ne parleremo. Vedi sotto n° 7.

ci fanno preferire il principio sancito nell'art. 6 a quello che vuole competente legge del domicilio a reggere lo stato e la capacità della persona ci conducono a negare qualunque autorità alla legge del domicilio per determinare le forme degli atti, di preferenza che alla legge del luogo dove gli atti son fatti.

Non possiamo pure seguire l'opinione di quei pochi che in conseguenza di principii dimostrati errati o di una confusione fra la validità dell'atto e i mezzi di prova vorrebbero che la *lex fori* fosse competente a regolare la forma dell'atto: nè c'è bisogno di lunga dimostrazione per avvertire l'errore da cui si parte e le inconseguenze cui si arriva sostenendo la prevalenza della *lex fori:* basta pensare che non c'è nessuna necessaria connessione fra una giurisdizione ed una determinata legge e che non si può preventivamente sapere dove sorgerà questione sulla validità dell'atto.

Egualmente ingiustificabile ci sembra la tesi di quelli che applicando il principio *contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solvere se obligavit* alla forma delle obbligazioni convenzionali, vorrebbero questa retta dovunque dalla legge del luogo d'adempimento. Ci sembra ingiustificabile questa opinione perche quel principio non è applicabile neppure alla sostanza della convenzione dovendosi in essa distinguere il *vinculum juris* dall'*onus conventionis* e perchè moltissime volte non si può a priori determinare il luogo d'adempimento.

5. Siamo dunque arrivati alla conclusione che quando l'atto è stato fatto secondo la forma della *lex loci actus* esso sarà valido dovunque, senza distinguere fra atti solenni o no, autentici o per scrittura privata, scritti o verbali. Ma sarà esso valido anche se fatto in forma differente? Con altre parole, è la regola *l. r. a.* obbligatoria o facoltativa? È questo il punto nel quale maggiori sono le divergenze fra gli scrittori, quasi infinitamente varie le soluzioni: è qui dove la differenza delle opinioni circa alla giustificazione della regola, dal campo teorico passando alle applicazioni pratiche, maggiormente si manifesta.

Cerchiamo di porre un po' d'ordine fra le molte e intricate questioni, esponendo dapprima i vari casi, le soluzioni date e gli argomenti addotti per sostenerle, poi l'opinione nostra.

Il caso nel quale quasi unanimemente si ammette il valore obbligatorio della regola è quello di un individuo o di più connazionali disponenti o contraenti nella loro patria. Le leggi di uno Stato si estendono obbligatoriamente su tutto il territorio e su tutti i sudditi i

quali solo potranno derogare a quelle leggi che hanno valore suppletivo: ora fra queste non sono certo quelle sulla forma degli atti; esse obbligano dunque i nazionali anche quando l'atto altrove debba valere. Però, dice il Massé (1), se l'oggetto del contratto fosse posto all'estero non si potrebbe obbligare i contraenti a seguire la loro legge nazionale neppure in patria « perchè in tal caso farebbero un atto privo di ogni efficacia giuridica nel luogo dove deve valere ». « L'assurdità di un tal risultato » basta secondo il Massé a giustificare la deroga che propone. Così pure il Laurent (2), limitatamente però agli atti per scrittura privata, sostiene « qu'il faut permettre à un étranger de suivre les formes de la loi française, dans son pays, quand l'acte est destiné à être produit en France »: e ciò per la ragione, secondo il Laurent, molto semplice che « le lieu où l'écrit est dressé est indifférent quand l'acte est sous seing privé; l'acte sous seing privé n'a point de lieu; donc le juge peut le reconnaître comme valable dès qu'il est conforme à la loi du lieu où il est produit en justice ». Per verità il Laurent crederebbe opportuno regolare questo punto con una legge o con una convenzione internazionale; tuttavia « on peut poser en principe que l'acte sous seing privé, ne devant pas indiquer le lieu où il est fait, est valable, là où l'on s'en sert s'il est conforme à la loi locale ».

Un altro caso nel quale pure quasi generalmente è ammesso il valore imperativo della regola è quello di due o più individui di differente nazionalità che compiono un atto nella patria di uno de' contraenti. Essendo la forma indivisibile e imponendosi essa ai nazionali dovranno pure anche gli stranieri ad essa sottomettersi.

Ma alcuni giuristi (3) vogliono distinti gli atti sinallagmatici da quelli unilaterali e sebbene arrivino a differenti soluzioni, secondo che si tratta dei primi o dei secondi, pure in alcuni casi derogano alla obbligatorietà sì per gli uni che per gli altri.

Una convenzione, suppongono, è stipulata in un paese fra un cittadino ed uno straniero con la forma richiesta dalla legge del luogo in cui la convenzione deve essere eseguita: se l'atto è sinallagmatico,

---

(1) Massé, *op. cit.*, vol. I, n° 572. Vedi anche Duhaut, *op. cit.*, pag. 238; Rocco, *Trattato*, lib. II, cap. X.

(2) Laurent, *op. cit.*, vol. II, n° 248.

(3) Massé, *op. cit.*, vol. I, n° 573; Fiore, *op. cit.*, vol. I, n° 228. — *Contra:* Laurent, *op. cit.*, vol. II, n° 246; Duhaut, *op. cit.*, pag. 239 e seg.

importando un'obbligazione reciproca non potrà essere obbligatorio per l'uno senza esserlo per l'altro: quindi se lo straniero fosse validamente obbligato secondo le leggi del suo paese, in cui dovesse eseguire la promessa, il nazionale che volesse costringerlo all'esecuzione, non potrebbe, per sfuggire all'adempimento della propria obbligazione, dedurre che l'atto non fosse per la forma valido secondo le leggi della sua patria. Quindi in questo caso la regola *l. r. a.* è facoltativa in favore della legge del luogo di esecuzione che è anche la legge personale d'un contraente e da ciò la conseguenza assolutamente inammissibile per noi che, per es., un italiano possa validamente contrarre in Italia un'obbligazione sinallagmatica con uno straniero seguendo la forma straniera ch'è differente dalla italiana, ossia che le leggi italiane sulle forme degli atti non son più obbligatorie per gl'italiani che in Italia compiono una obbligazione sinallagmatica con uno straniero.

« Se l'atto poi fosse unilaterale, lo straniero che avesse assunta una obbligazione secondo le forme richieste dalla sua legge, non potrebbe esimersi dall'eseguirlo nel proprio paese ». Nuova deroga quindi alla regola nostra la quale solo riprenderà il suo assoluto impero nel caso che l'obbligazione unilaterale sia assunta dal nazionale in patria e lo manterrà anche all'estero se colà era convenuto che il nazionale l'eseguisse.

Ma invece di due molti più possono essere i contraenti: « Supponiamo che alcune delle parti intervenute nella stipulazione di un atto fossero cittadini, altre stranieri, e che l'atto fosse valido per la forma secondo la legge straniera e non valido secondo quella del luogo in cui fosse stato stipulato. O l'atto è sinallagmatico e non potendo quindi essere obbligatorio per gli uni senza esserlo per gli altri, i cittadini dello Stato la di cui legge non fosse stata osservata quanto alla forma non potrebbero dedurre a loro vantaggio la nullità del contratto, sostenendo in pari tempo che esso dovesse ritenersi valido riguardo agli altri: o l'obbligazione è unilaterale e fra i coobbligati alcuni sono cittadini dello Stato di cui non sono state osservate le leggi quanto alla forma, altri stranieri, supposto che per difetto di forma l'atto potesse esser dichiarato nullo, i coobbligati nazionali potrebbero prevalersi della legge locale e adducendo che secondo questa il contratto deve essere ritenuto nullo, dedurre da ciò la nullità dell'obbligazione da essi assunta. Questo però non importerebbe che l'atto dovesse essere ritenuto nullo anche per gli altri coobbligati,

i quali avessero osservata la legge della loro patria, se a norma di questa l'atto potesse ritenersi valido ». Nuove deroghe ancora, dall'ultima delle quali si deduce che, per es., per assicurare assolutamente così i coobbligati italiani come i francesi della validità d'una obbligazione unilaterale da essi assunta in Italia, gli italiani dovranno farla secondo la legge italiana, i francesi secondo la francese, sebbene contrattino in Italia.

Ma i casi nei quali è ammessa la facoltatività della regola aumentano ancora quando tutti i contraenti sono stranieri al luogo del contratto: le ipotesi possono esser due: o i contraenti non sono cittadini del *locus actus* e non sono connazionali o, pur non essendo cittadini del luogo del contratto, appartengono alla medesima nazione. Nel primo caso secondo un piccolo numero di scrittori (1) gli atti sarebbero validi, anche se fatti secondo la legge del paese di uno o dell'altro dei contraenti nel quale dovessero esser posti ad esecuzione o anche senza tener conto della legge del luogo di esecuzione sarebbero validi lo stesso se conformi alle prescrizioni della legge nazionale di uno o dell'altro contraente: e ciò perchè l'interesse delle convenzioni civili e commerciali esige che non siano inceppate, anzi più ch'è possibile, favorite, e tale fine non sarebbe raggiunto con l'obbligo imposto allo straniero prima di contrattare con un altro straniero che non sia suo connazionale d'informarsi delle disposizioni delle leggi locali che possono essere redatte in una lingua che nè l'uno nè l'altro dei contraenti conoscano (2). Nel secondo quasi tutti i giuristi ammettono che le parti possano validamente seguire la legge loro personale: la loro convinzione sul carattere facoltativo della regola *l. r. a.* in simile caso deriva loro dalla considerazione delle ragioni comuni secondo le quali la regola è stata posta: si volle con essa, dicono, permettere al nazionale non solo di trionfare in certi casi della impossibilità in cui si può trovare di fare certi atti, ma anche dargli le maggiori possibili facilità di farli onde favorire la sua attività giuridica, anche fuori della sua patria.

La nazionalità segue dovunque la persona: conservando la sua nazionalità nei diversi territori che attraversa l'individuo gode degli effetti legali che vi sono connessi, ossia continua ad esser retto dalla

---

(1) Massé, *op. cit.*, vol. I, n° 574; Despagnet, *op. cit.*, n° 281 e Aut. ivi cit.

(2) Esperson, *Le dr. int. pr. dans la lég. ital.*, n° 69; *J. D. I. P.*, 1882, pagina 158.

legge sua personale, a potersene prevalere, ad avere la facoltà di conformarvisi quasi esclusivamente. Questo privilegio dell'individuo di continuar ad esser retto dovunque dalla sua legge nazionale non si estende solo allo stato ed alla capacità: tutti i benefizi della sua legge nazionale gli sono conservati se ha la facoltà materiale di approfittarne all'estero; quando insomma la necessità non gli si imponga, la regola non dev'essere per lui obbligatoria. Arrogi che lo Stato dove lo straniero si trova non ha nessun interesse a vietargli di seguire le leggi sue nazionali relative alla forma: finchè si credette che chiunque si fosse trovato in un paese, quantunque momentaneamente e senza intenzione di rimanervi, dovesse considerarsi, come suddito temporaneo, obbligato a prestare obbedienza alle leggi di questo paese, era naturale che si applicassero a lui anche le leggi relative alla forma degli atti; ma oggi che la sudditanza non può derivare dalla semplice e spesso fugace dimora di una persona nello Stato dove l'atto si compie, altra sentenza deve prevalere, secondo cui l'uso delle forme stabilite in paese straniero non è un dovere, ma puramente una facoltà per l'individuo che vi si trovi. Non solo, ma se l'atto è per scrittura privata a questi argomenti si può aggiungere l'altro che il Laurent adduce anche per questo caso, ossia che « le lieu où l'écrit est dressé étant indifférent quand l'acte est sous seing privé, il sera censé rédigé dans le pays auquel les étrangers appartiennent: dès lors, il doit être valable d'après les lois de ce pays » anche se realmente le parti abbiano contrattato fuori della loro patria. Finalmente poi per alcuni (1) la facoltà che è generalmente concessa ai connazionali fuori della loro patria di seguire la loro legge personale, dovrebbe essere concessa anche agli stranieri non connazionali purchè fra le loro due rispettive legislazioni non esistesse differenza alcuna nelle prescrizioni relative alla forma di quell'atto che compiono.

Finora abbiamo veduto in quali casi sia stata sostenuta la facoltatività della regola per considerazioni relative alla legge personale dei contraenti o disponenti: ma altre deroghe alla regola nostra son poste se si considerano invece i caratteri dell'atto stesso, secondo cioè che l'atto sia autentico o per scrittura privata.

Per gli atti autentici la grande maggioranza ammette che la regola sia obbligatoria: siccome l'autenticità vien data dagli ufficiali pubblici questi naturalmente non potranno redigere l'atto che secondo le forme

(1) Esperson, *op. cit.*, loc. cit.

prescritte dalla loro legge e ad esso dare autenticità che nei modi stabiliti dalla legge locale. Però anche per gli atti autentici una certa deroga alla regola v'è: e invero quando dicono che per gli atti autentici la regola è obbligatoria, generalmente intendono che la *lex loci actus* sia da imporsi allo straniero per quanto stabilisce il modo in cui l'atto riveste il carattere d'autentico non già in quanto determina se per quel negozio giuridico abbisogni o meno la forma autentica. Così tutti quelli che ammettono la facoltatività della regola per atti fatti da connazionali e quelli che credono dover la legge nazionale o la legge della situazione dei beni od altra che non sia quella del *locus actus* esser competente a determinare se un atto debba esser autentico o per scrittura privata. Per spiegarmi con un esempio l'autenticità del testamento che in Prussia è data dal presidente del tribunale sarà data esclusivamente in Italia anche per un prussiano dai notai, ma se due stranieri possono fare validamente una donazione per scrittura privata secondo la legge loro, la potranno pure in tal modo validamente fare anche in Italia sebbene la legge italiana differentemente disponga.

Ma mentre per gli atti autentici credono obbligatorio seguire la *lex loci* almeno per il genere d'autenticità, la facoltatività della regola riprende secondo i più il suo impero per gli atti per privata scrittura. La regola dicono è stabilita nell'interesse delle relazioni civili e commerciali, quindi in favore dei privati che vogliano compiere atti all'estero: ora ogni individuo può rinunciare a ciò ch'è stabilito nel suo interesse: è solo per una ragione d'utilità che si stabilì il principio *l. r. a.* e dall'utilità non può derivare un obbligo. Quindi per gli atti per privata scrittura completa libertà all'individuo di seguire o no la *lex loci.* E meno male se vi fosse almeno accordo nella determinazione delle leggi fra le quali il cittadino all'estero ha la scelta: ma mentre i più dicono che all'individuo deve essere concessa la libertà di scelta fra la *lex loci* e la legge nazionale, altri invece credono che se non segue la *lex loci* debba fare l'atto secondo la forma della legge dello Stato in cui son posti i beni che formano oggetto dell'atto, o, se l'atto non ha per oggetto beni, secondo la legge del paese in cui deve produrre i suoi effetti (1), altri invece secondo la legge del domicilio (2), o la *lex fori* o quella che regge in gene-

---

(1) Despagnet, *op. cit.*, n° 281; Audinet, *Princ. élém. du dr. int. pr.*, n° 364.
(2) Foelix, *op. cit.*, n° 83 e Aut. ivi cit.

rale il negozio giuridico (1): nè manca chi vorrebbe ristretta la scelta fra la legge del luogo e la legge personale del debitore (2).

Tutte queste differenti contraditorie opinioni circa al valore della regola nostra che se fossero accolte nel diritto positivo renderebbero di applicazione rarissima e poco meno che accidentale una norma che pure tutti sono concordi a stabilire, noi dobbiamo respingere assolutamente, chè gli argomenti addotti in favore della facoltatività della regola non ci persuadono affatto.

Prima di tutto circa agli atti fatti da un individuo nella sua patria, dovessero anche valere all'estero, non ci pare che si possa concedergli facoltà di seguire la legge straniera del luogo di esecuzione: se questa facoltà non concedete, dice il Massé, l'atto sarebbe privo di ogni efficacia giuridica nel luogo dove deve valere: ciò non è vero: il ragionamento del Massé a ben considerarlo si riduce a questo: per giustificare una eccezione ad una regola comincia col supporre la non esistenza della regola stessa; e difatti se supponesse che nel luogo dove l'atto deve valere, la massima *l. r. a.* avesse vigore, non potrebbe dire che colà « l'atto sarebbe privo d'ogni efficacia giuridica ». Perchè il suo ragionamento potesse provar qualche cosa bisognerebbe che partisse dall'ipotesi che nello Stato dove l'atto deve valere non si riconosca nessuna efficacia giuridica agli atti fatti da stranieri nella loro patria con le forme della loro legge. E tale ipotesi il Massé non fa, nè, evidentemente, per il caso in questione, potrebbe fare. Nè manco alcun valore ha, per sostenere l'eccezione alla regola, la gratuita affermazione del Laurent che gli atti per scrittura privata « n'ont point de lieu »: prima di tutto anche gli atti per scrittura privata devono essere datati e per data ordinariamente s'intende non solo il tempo ma anche il luogo in cui sono fatti, e poi per dire che « le lieu où l'écrit est dressé est indifférent quand l'acte est sous seing privé » bisognerebbe provare l'assurdo che per es. il fatto di essere un contratto per scrittura privata rende completamente inutile conoscere il luogo di perfezione del contratto stesso. È bensì vero che negli atti per scrittura privata è molto più facile che negli autentici simulare il luogo e il tempo della loro redazione, ma da questo al dire che è indifferente sapere il luogo in cui son fatti ci corre. Curiose del resto sarebbero le conseguenze logiche dell'affermazione del Laurent;

(1) Von Bar, *op. cit.*, vol. I, n° 123.
(2) Bourdon Viane-Magron, *op. cit.*, pag. 288.

ed invero siccome egli in massima generale sostiene che gli atti per scrittura privata devono seguire la forma prescritta dalla legge del luogo in cui sono fatti e quindi la forma loro è strettamente connessa al luogo, se fosse vero che essi « n'ont point de lieu » non sarebbero, per la forma, soggetti a nessuna legge: e il Laurent infatti viene, senza volerlo, ad ammettere indirettamente ciò, scrivendo in un punto che il giudice francese potrà riconoscere validità ad un atto fatto per scrittura privata da un italiano in Italia secondo la forma francese, perchè non avendo questo atto *nessun luogo* « dès qu'il est conforme à la loi du lieu où il est produit en justice » sarà valido, e una pagina prima (1) che se due italiani fanno in Francia un atto per scrittura privata secondo la forma italiana sarà valido sempre per la stessa ragione che l'atto non avendo luogo « est censé rédigé dans le pays auquel les étrangers appartiennent »!

Neppure possiamo accogliere le eccezioni alla obbligatorietà della regola nel caso di due o più individui di differente nazionalità compienti un atto nella patria di uno fra loro: abbiamo già notato le inaccettabili conseguenze alle quali le eccezioni condurrebbero; inoltre poi per giustificare la deroga al principio *l. r. a.* e sostenere che se un italiano e un francese incontrano una obbligazione sinallagmatica in Italia da eseguirsi in Francia essa possa esser fatta con la forma francese, bisogna supporre che in Francia non si accetti il principio cui si vuol derogare: se questa ipotesi non si faccia la eccezione è inutile: ancora, pur lasciando di notare parecchie altre cose che contro la eccezione potrebbero esser dette, ci sembra inammissibile la distinzione secondo la quale uno o più individui che contraggono nella loro patria possono seguire la legge straniera se incontrano con uno o più stranieri una obbligazione sinallagmatica e non lo possono se l'obbligazione è unilaterale; dicono che così dev'essere perchè la sinallagmatica non può essere obbligatoria per gli uni senza esserlo per gli altri mentre la unilaterale può obbligare gli uni e gli altri no; ma ciò riguarderà la sostanza e gli effetti della obbligazione non la forma, la quale o è quella per quel caso prescritta e l'obbligazione sarà per tutti valida, o non è quella prescritta e l'obbligazione sarà invalida per tutti i contraenti.

Ma quella eccezione che per il largo e quasi unanime consenso con cui è ammessa nella dottrina e nella legislazione può far dubi-

---

(1) LAURENT, *op. cit.*, vol. II, cfr. n° 248 a pag. 451 con n° 247 a pag. 450.

tare, chi vuol respingerla, d'essere in errore, è quella stabilita, anche dall'art. 9 delle Disp. prel. Cod. civile. Gli argomenti mediante i quali si vuol sostenere che non deve essere negato ai disponenti o ai contraenti connazionali di seguire all'estero la forma stabilita dalla legge della loro patria si riducono ai seguenti: l'individuo è sottomesso *completamente* e *sempre* alla legge del suo paese; la nazionalità segue dovunque l'individuo, « fa parte del suo io giuridico »; di essa si potrebbe dire molto più giustamente ciò che gli antichi giureconsulti dicevano de' mobili: *ossibus inhaeret, personam sequitur sicut umbra corpus;* conservando la sua nazionalità nei differenti territori che attraversa l'individuo gode degli effetti legali che vi sono connessi, cioè continua per principio generale ad essere retto dalla sua legge nazionale, a poter prevalersene, ad aver la facoltà di conformarvisi esclusivamente e questo privilegio dell'individuo d'esser retto dovunque dalla sua legge nazionale non si estende solamente al suo stato ed alla sua capacità; tutti i benefizî della sua legge nazionale gli sono conservati se ha la facoltà materiale di profittarne all'estero (1): quindi anche quello di osservare la legge nazionale nella forma degli atti che compie all'estero; anzi esplicitamente si afferma che « le leggi concernenti le solennità esterne degli atti dovrebbero essere obbligatorie all'estero come quelle le cui disposizioni regolano lo stato, la capacità personale e i rapporti di famiglia. Non bisogna tuttavia perdere di vista che ripugna di considerare come obbligatoria una regola di cui l'osservanza non è possibile » (2). La regola *l. r. a.* altro non è quindi che una eccezione al principio generale della assoluta ed immanente prevalenza della legge personale (3). Eccezione che anche non è giustificata altro che dalla necessità o dalla opportunità: è per un favore allo straniero che è stabilita nel suo interesse la regola *l. r. a.*, questa deroga « al diritto comune della personalità delle leggi » (4); « essa deve esser quindi ricondotta a' suoi più stretti limiti, non può mai essere imposta a chi non vuol seguirla » (5); poichè la opportunità, il desiderio di favorir lo straniero sono le sole giustificazioni della

---

(1) *J. D. I. P.*, 1880, pag. 383 e seg.; Duhaut, *op. cit.*, pag. 246.

(2) Esperson, *Il princ. di nazionalità*, pag. 114.

(3) Casanova, *op. cit.*, lez. 34: « I reggitori degli Stati hanno inteso di cedere (ammettendo il *l. r. a.*), una parte delle loro territoriali prerogative a fronte del solo imperioso bisogno ».

(4) Weiss, *op. cit.*, pag. 256.

(5) Ibidem.

regola, è evidente come basti che essa produca anche una semplice incomodità per giustificarne la deroga.

Finalmente lo stesso diritto romano (1) concedeva ai peregrini di contrattare con le forme permesse esclusivamente dalle loro leggi e dai loro usi nazionali e gli scrittori medievali scrivevano: « *Si inter duos celebratur verbi gratia pactum et uterque paciscens sit externus et unius civitatis civis, dubitandum enim non est, actum a talibus secundum leges patriae factum in patria valere* » (2).

Lasciamo da parte le citazioni del diritto romano e degli statutarii: quelle soluzioni rispondevano a condizioni politiche e giuridiche oggi non più esistenti e, d'altra parte, per quanto grande rispetto si porti alla tradizione, credo col Laurent (3) che sia una forza quando sostiene principii giusti, ma invece una causa di debolezza quando essa stessa si è ingannata.

Gli altri argomenti in favore del valore solo facoltativo del principio si fondano su due premesse errate: prima quella di credere che la prevalenza della legge personale dello straniero sia la regola e la competenza di una legge territoriale l'eccezione; seconda di riconoscere solo fondamento al *l. r. a.* l'opportunità, la comodità. Non è vero che tutti i benefizi della legge nazionale dello straniero gli debbano esser conservati se ha la facoltà materiale di profittarne all'estero; non è vero che la personalità delle leggi formi il diritto comune e che qualunque eccezione ad essa debba esser interpretata restrittivamente; lo statuto reale non è una eccezione allo statuto personale più di quello che lo statuto personale lo sia allo statuto reale. Sono piuttosto due principii che, l'uno di fronte all'altro, agiscono con eguale diritto e vigore, ognuno nella propria sfera, senza che uno più dell'altro sia l'eccezione, nella stessa maniera che il diritto pubblico non è una eccezione del diritto privato, come non lo è il diritto privato del pubblico. Si tratta di ordini differenti che costituiscono quindi due differenti regole (4). Ammettendo che la competenza della legge personale costituisca la regola e quella della territoriale l'eccezione, si sovverte dalla base tutto il sistema del

---

(1) Gaius, *Inst.*, III, 134.

(2) Hertius, *De collisione legum*, n° 10. Vedi Fiore, *op. cit.*, vol. I, n° 228.

(3) Laurent, *op. cit.*, vol. I, n° 235.

(4) Cfr. Laurent, *op. cit.*, vol. I, n[i] 372, 434, vol. II, n° 89, ecc.; Fusinato, *Il princ. della scuola ital.*, pag. 26, 92 e seg.

diritto internazionale privato: bisognerebbe allora applicare a tutte quelle eccezioni le regole restrittive che reggono le disposizioni eccezionali, di maniera che si avrebbero due categorie di principii nel diritto internazionale, gli uni formanti la regola e di larga interpretazione, gli altri formanti l'eccezione e di interpretazione stretta. Che se pure per dannata ipotesi si volesse ammettere ciò, non si potrebbe per questo riconoscere che le leggi intorno alla forma degli atti devono seguire il cittadino all'estero come le leggi sullo stato e la capacità: tanto è vero che ogni legislazione che stabilisce od ogni giurista che sostiene un principio analogo a quello sancito dall'art. 6 Disp. prel. Cod. civ. accoglie pure la regola *l. r. a.*, dichiarando così che queste leggi sulla forma degli atti che si pretendono nazionali non devono estendersi come quelle sullo stato e capacità fuori del territorio (1).

L'altro errore consiste nel non trovare che la regola nostra posi sopra un fondamento giuridico: è naturale ed evidente che quando si ponga in principio essere soltanto l'opportunità o la necessità quella che consiglia il legislatore ad accogliere la regola, basta che questa produca anche una semplice incomodità o che l'opportunità d'applicarla manchi, per derogare ad essa.

Ma se invece si ammette, come abbiamo cercato di dimostrare, che la regola posa sopra un serio, forte, vero principio giuridico si dovrà arrivare logicamente alla conclusione che essa deve trovare applicazione sempre, siano o meno connazionali i contraenti.

Si capisce come partendo dalla premessa che la regola è stabilita per favorire gli stranieri e non per altro, si possa credere una inconseguenza quella di crederla obbligatoria, e invocare in appoggio il passo di Modestino (2): « *nulla juris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem* » o l'altro frammento (3): « *quod favore quorumdam constitutum est, quibusdam casibus ad lesionem eorum nolumus inventum videri* ». Ma non è solo *pro utilitate hominum* o

(1) Cfr. Brocher, *Nouv. Traité*, pag. 56 e seg.; Laurent, *op. cit.*, vol. I, n° 434.

(2) Fr. 25, D. *de legibus*, I, 3.

(3) Const. 6, C. *de legibus*, I, 14. Citano pure Const. 29, § 1, C. *de pactis*, 2, 3. « *Omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiare* ».

favore quorumdam che la regola si stabilì (1): altra e più forte e solida giustificazione trova nel fondamento giuridico da noi esposto, dal quale la massima *l. r. a.* deriva logicamente il suo valore obbligatorio sempre e in ogni caso: e non credasi che togliendo in ogni caso all'individuo il diritto di derogarvi, si venga ad impedire allo straniero il pieno svolgimento della sua giuridica attività, chè anzi questa potrà più facilmente esplicarsi, gli effetti suoi saranno più sicuramente garantiti, le esigenze della pratica, insomma, meglio soddisfatte. Come avremo modo più opportuno di dimostrare nella parte speciale, col rendere sempre obbligatoria la regola si produrrà bensì l'inconveniente di costringere lo straniero ad informarsi delle disposizioni delle leggi del luogo in cui si trova (ciò che del resto ordinariamente e nella grandissima parte dei casi avviene anche oggi sebbene la regola nel diritto positivo sia spesso facoltativa) ma otterremo il grande vantaggio di produrre una molto maggior sicurezza dei fatti giuridici; ciò ch'è il fine principale e massimo cui si deve tendere, senza per questo render difficile o grave all'individuo la manifestazione giuridica della sua volontà.

A negare allo straniero qualunque facoltà di sottrarsi all'impero della regola ci conforta poi l'opinione di molti scrittori i quali cominciano già a sostenerne il carattere obbligatorio, dicono che a stabilire questo dovranno arrivare le legislazioni, e se pure una deroga alla massima consigliano, nel senso della disposizione del nostro Codice, sembra che lo facciano più per rispetto alla consuetudine che per convincimento. « L'élément externe, ou forme de l'acte, est régi par la loi du lieu de l'acte, et cette loi lui est rigoureusement applicable » è la conclusione del lungo e bel lavoro del Duguit (2): e il Dudley-Field (3): « Les formes requises pour conclure un contrat sont toutes celles et exclusivement celles que prescrit la loi du lieu où le contrat est formé »: e meglio l'Asser (4), dopo aver detto che la dottrina della facoltatività della regola può esser ammessa nello stato attuale del diritto internazionale privato dove l'applicazione della legge stra-

(1) Ciò che, se si dovesse ammettere, ci condurrebbe nel dedalo di distinzioni analoghe a quelle che facevano gli statutari fra il diritto comune che era favorevole e gli statuti contrari al diritto comune che erano sfavorevoli. Cfr. Laurent, *op. cit.*, vol. I, nº 434.

(2) Duguit, *op. cit.*, pag. 224.

(3) Dudley Field, *Code international*, art. 614. Vedi anche art. 547, 550, ecc.

(4) Asser-Rivier, *Éléments*, nº 30.

niera forma ancora l'eccezione, continua: « mais si l'on envisage la théorie du conflit des lois d'un point de vue plus général, on ne voit guère de motif de déclarer la règle facultative. Quelles que soient les considérations qui l'ont fait adopter, nous pensons, qu'une fois adoptée, elle doit être obligatoire. Nous la croyons destinée à augmenter la certitude des faits juridiques. Or, cette certitude doit exister *a priori*, et être indépendante de tous déplacements subséquents ». E il Demangeat (1) approva una sentenza della Cassazione francese che affermava « qu'il est de principe de droit international que la forme extérieure des actes est essentiellement soumise aux lois, aux usages et coutumes du pays où ils sont passés »; e l'Audinet (2) riconosce « que le plus sûr moyen d'éviter toute difficulté est de suivre la *lex loci actus* »: e finalmente, per non moltiplicare le citazioni (3), ultima e solenne conferma della dottrina nostra la Conferenza diplomatica-giuridica (4) di diritto internazionale privato tenuta all'Aja nel settembre 1893 non esitò ad affermare: « En principe, la règle *l. r. a.* est obligatoire ».

6. Molti scrittori (5) vorrebbero escludere l'applicazione della regola *l. r. a.* quando i cittadini di uno Stato si recassero all'estero

---

(1) Nota a pag. 166, vol. I del FOELIX, *op. cit.*

(2) AUDINET, *op. cit.*, n° 365.

(3) Vedi anche in favore della obbligatorietà DANZ, WEBER, MEIER, citati in FOELIX, vol. I, n° 83; DI STEFANO, *op. cit.*, pag. 22 e seg.; BOURDON-VIANE MAGRON, *op. cit.*, nota 1 a pag. 286 scrivono: « M. Lainé à son cours, ne paraît admettre aucune exception à l'application de la règle *l. r. a.* ». FEBVRE, *op. cit.*, pag. 175, 181. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 106 bis. La Commissione istituita il 15 novembre 1884 per elaborare un progetto di Codice civile nel Belgio nell'*Exposé des motifs*, a proposito dell'art. 9 analogo alla prima parte del nostro art. 9, sebbene stabilisca qualche eccezione al *l. r. a.* pure così si esprime: « Le législateur a pour mission de procurer à tous ceux qui se trouvent sur le territoire les moyens de conclure leurs conventions dans les meilleures conditions de liberté et de sincerité, et il est naturel que, dans la détermination de ces moyens, il prenne égard au caractère, aux moeurs des habitants, aux usages civils et commerciaux suivis dans le pays. Il n'appartient pas aux particuliers de contrarier les dispositions que le législateur prend ainsi en vue d'un intérêt général. Les formes locales sont donc obligatoires ». Vedi LAINÉ, *Étude sur le titre prélim. du projet de Code civil belge. B. S. L. C.*, 1890, pag. 561.

(4) Devo alla gentilezza del prof. Fusinato, delegato italiano alla Conferenza la comunicazione del *Rapport de la IIme Commission* da cui tolgo questa notizia.

(5) DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 106; MASSÉ, *op. cit.*, vol. I, n° 575; FOELIX, *op. cit.*, vol. I, n° 82; AUBRY e RAU, *op. cit.*, vol. I, § 31, pag. 113; LAURENT, *op. cit.*,

a stipulare un atto per sottrarsi alle disposizioni della legge personale relative alle forme; così essi ragionano: se la legge permette alle parti di compiere i loro atti all'estero con le forme locali, lo fa per necessità poichè i contraenti si trovano in paese straniero e hanno bisogno di concludere quel negozio giuridico: ora quando appositamente si va all'estero per farvi degli atti, la necessità di farli colà evidentemente non c'è e si agisce contro le prescrizioni della legge, *in fraudem legis:* siccome *fraus omnia corrumpit* quegli atti saranno invalidi: « Il legislatore non può concedere nessun effetto ad atti (1) che disprezzano e rovinano la sua autorità ».

« Che se un francese, aggiunge il Lacanal, va in un paese dove i matrimonî si contraggono *solo consensu*, o davanti a un sacerdote per sfuggire all'applicazione della legge francese che considera il matrimonio come un contratto civile solenne, io credo che il suo matrimonio dovrà esser considerato nullo perchè egli ha contravvenuto a una legge imperativa l'osservanza della quale è legata, nel pensiero del legislatore, alla buona organizzazione della società francese » (2).

Il Laurent che pure crede in questo caso inapplicabile la massima *l. r. a.* prevede una obbiezione fondamentale e cerca di sfuggirla così scrivendo: « Si osserva che non c'è frode a fare ciò che la legge permette; ogni atto dovunque conchiuso colle forme locali fa fede; che importa dunque che le parti abbiano scritto il loro atto in un paese o nell'altro? Mi sembra che l'obbiezione non tenga conto della natura

---

vol. II, n° 239; SURVILLE-ARTHUYS, *op. cit.*, n° 196; DESPAGNET, *op. cit.*, n° 275; DUHAUT, *op. cit.*, pag. 233; HAUS, *Dr. privé des étrang.*, n° 89; BROCHER un po' incerto nel *Nouveau Traité*, n° 113, ammette l'eccezione nel *Cours*, vol. I, n° 51, sebbene sia « plus ou moins contestable en théorie purement spéculative »; TORRES CAMPOS, *Elementos*, lez. 17, n° 2; STORY, *On conflict of laws*, n[i] 261-2; ROCCO, *Dell'uso e dell'autorità*, vol. II, cap. III, solo però se fatti in frode alla *lex rei sitae;* THIBAUT, *System des Pandektenr.*, § 38; MUEHLENBRUCK, *Pandektenr.*, § 73; WEBER, *Naturl. Verbindlickeit*, § 62, cit. ap. VON BAR, vol. I, n° 122, nota.

(1) LAURENT, Ibidem. Il MASSÉ (ibidem) a questi argomenti aggiunge che l'atto fatto all'estero per sottrarsi alle leggi formali del luogo dove son posti i beni è invalido per la stessa ragione per cui è nullo il contratto fatto all'estero da una donna maritata o da un minore per sottrarsi alle formalità richieste nella loro patria perchè possano validamente obbligarsi! Errore derivante dal non distinguere la forma dell'atto dalla così detta *forma abilitante.*

(2) LACANAL, Ibidem. Date queste premesse bisognerebbe logicamente arrivare a dichiarar nullo qualunque matrimonio fra stranieri compiuto secondo la *lex loci actus* differente dalla legge nazionale, anche se non fosse fatto in *fraudem legis!*

delle forme istrumentali e del fondamento razionale su cui riposa la massima *l. r. a.* Le forme non sono cosa arbitraria: il legislatore le prescrive per considerazioni d'indole generale, in ragione dello stato intellettuale e morale del paese. Nello spirito della legge, i belgi che si trovano in Belgio devono seguire le leggi belghe: se vanno altrove è per sfuggire a quelle forme che il legislatore ha creduto le migliori per assicurare la libera espressione della loro volontà: in questo senso vi è frode. Ogni atto per privata scrittura deve essere sottoscritto: senza firma non c'è atto: non si permette ai contraenti di fare una croce, facendo attestare l'apposizione della croce da un testimonio: quello non sarebbe un atto e non ne risulterebbe una prova letterale. Si vorrà forse dire che dei belgi potranno andar all'estero, dove, per conseguenza dell'ignoranza universale si si contenta d'una croce e che lo scritto firmato con una croce secondo la legge locale, sarà considerato come prova letterale da' nostri tribunali? Vi sarebbe frode alla legge » (1).

Ma nè le ragioni di chi vuol invalido l'atto fatto *in fraudem legis* nè le argomentazioni del Laurent possono persuaderci semplicemente perchè non si può parlar di frode quando questa non esiste: io non commetto una frode quando approfitto d'una facoltà concessami dalla legge: se questa riconosce validità a' miei atti compiuti all'estero con le forme locali essi saranno validi in ogni caso: tanto se io li compio essendo all'estero, che se vado appositamente all'estero per compierli. Agisce *in fraudem legis* solamente colui il quale compia un atto in modo che nella sua esteriorità non contraddica alla lettera della legge mentre in realtà contiene ciò che va contro al comando della legge, al suo vero ed effettivo volere ed al senso di essa (2): ora evidentemente in tal modo non agisce chi va all'estero per compier

---

(1) È curioso osservare le conseguenze cui arriva il Laurent che così continua: « non credo neppure che dei belgi che si *trovassero all'estero senza frode alcuna* potrebbero compiere un atto sottoscritto da una croce invece che dalle firme: i nostri tribunali non riconoscerebbero affatto questo preteso atto, poichè non c'è atto senza firma e *le condizioni richieste per l'esistenza di un atto, come di ogni fatto giuridico, dipendono dalla legge nazionale e non dalla legge del luogo dove il fatto avviene* ». Non si può spiegarsi queste parole (relative del resto ad un'ipotesi impossibile a verificarsi) in altro modo che supponendo che il Laurent si fosse, scrivendole, completamente dimenticato di quanto aveva affermato nelle pagine precedenti.

(2) Cfr. WAECHTER, *Ueber die Collis.*, XV, pag. 414; VON BAR, *op. cit.*, vol. I, n° 122; MANKIEWICZ, *op. cit.*, § 5, I, 3.

l'atto secondo le forme straniere (1). Tanto si può qui parlare di una *fraus* alla *lex domestica* quanto nel caso di chi, come giustamente osserva il Waechter (2), avendo la libera scelta fra testamento comune e testamento privilegiato, facesse uso del suo privilegio. E molti giuristi (3) infatti avvertirono quest'errore e applicarono la *lex loci actus* anche agli atti cosidetti fatti in *fraudem legis domesticae.*

Ma altri (4) fra l'una e l'altra opinione credono doversi lasciare al giudice un potere discrezionale onde apprezzare, secondo le circostanze, se la conseguenza della frode debba essere la nullità dell'atto o una pena d'altra natura.

Da parte nostra dobbiamo respingere assolutamente anche questa soluzione, per la solita ragione che manca assolutamente la frode: manca una violazione della legge, manca il fatto materiale, circostanza essenziale, perchè frode vi sia. Notiamo poi le conseguenze e le difficoltà gravissime che deriverebbero dal concedere al giudice il potere di scrutare le intenzioni più segrete, giudicando spesso su presunzioni o semplici congetture e facendo per così dire un processo alle intenzioni: ma noi arriviamo anche più in là e crediamo validissimo l'atto fatto all'estero secondo le forme locali anche se la parte esplicitamente dichiara che è andata all'estero con la ferma intenzione di sottrarsi alle disposizioni della legge sua personale e lo ha compiuto fermamente convinto di frodarle, sempre perchè anche in questo caso egli pur credendo di frodar la legge altro non fece che usare di un diritto che la legge gli concede, perchè manca il fatto fraudolento, pure essendovi l'intenzione. Siamo nell'identico caso del diritto penale: io posso con la più criminosa intenzione compiere un fatto qualsiasi,

---

(1) Se una legge proibisse al nazionale di fare l'atto all'estero se non autenticamente ed esso dopo averlo fatto all'estero per scrittura privata volesse farlo passar per autentico, questa è frode.

(2) Ibidem.

(3) Fiore, *op. cit.*, vol. I, n° 229; Lomonaco, *op. cit.*, cap. vii, § 7; Di Stefano Napolitani, *op. cit.*, cap. v, § 12, un po' incerto; Asser, *op. cit.*, n° 27; Weiss, *op. cit.*, pag. 256; Wharton, *On conflict of laws*, § 695; Westlake, *Priv. intern. law*, n° 323; Dicey-Stocquart, *Le statut personn. anglais*, vol. II, cap. iv, n° 162; Savigny, *System.*, vol. VIII, § 381; Stobbe, *Handbuch*, § 31; Thöl, *Einleitung*, § 65; Schaeffner, *Entwicklung*, § 85; Unger, *Oester. Privatr.*, § 23, n° 118; Muheim, *D. Prinz. des intern. Privatr.*, Allg. Th., § 9. Più autori citati a nota 2 pag. anteced.

(4) Demangeat nota a Foelix, vol. I, n° 82, pag. 161 nota *a*; Brusa, nota a Casanova, lez. 34, nota 4; Lacanal, *op. cit.*, loc. cit.

ma finchè questo fatto non costituisca reato io non sarò punibile: dichiarare nulli gli atti cosidetti fatti all'estero *in fraudem legis* equivarrebbe a negare, p. es. al padre il diritto d'usufrutto sui beni di suo figlio minore, provenutigli da successione se il padre confessasse che ignorava la disposizione dell'articolo 228 Cod. civ. e che anzi godendo dell'usufrutto di quei beni credeva di fare cosa vietata dalla legge.

Altri scrittori (1) infine, pure ammettendo la piena validità dell'atto vorrebbero invece che, se l'intenzione di frodare fosse provata, si dovesse colpire con un'ammenda colui che all'estero andò per fare colà quell'atto: tesi errata quanto le precedenti che dobbiamo respingere per le identiche ragioni con cui abbiamo combattuto la invalidità dell'atto fatto all'estero con l'intenzione di frodar la legge personale.

In un solo caso si può obbligare il contraente o disponente di un atto fatto all'estero a pagare allo Stato una certa somma (ma questo per qualunque atto all'estero compiuto, anche per quelli fatti senza l'intenzione della *fraus legis*, anche per quelli fatti da stranieri nella loro patria) quando cioè il fisco obbliga colui che vuol produrre l'atto in giustizia o in altro modo farlo valere a registrarlo ed a pagare una somma corrispondente alla spesa che avrebbe incontrata per carta bollata se avesse compiuto l'atto nel luogo in cui vuol farlo valere: ma tale pagamento non ha nessun carattere della multa, della pena. Siamo qui, del resto, nel campo delle formalità fiscali di natura affatto differente dalle forme giuridiche.

Nella questione degli atti fatti all'estero *in fraudem legis*, per adoperare la erronea designazione comune, un ultimo punto ci resta da esaminare: può un legislatore, dopo aver scritto nel suo Codice la regola *l. r. a.*, aggiungere, che saranno però invalidi gli atti compiuti all'estero con le forme locali se fatti *in fraudem legis?* Se questa disposizione c'è, obbligherà essa i giudici nazionali o anche gli stranieri? Circa alla prima domanda è certo che la possibilità materiale di farlo non può mancare; vedremo in seguito come alcuni Codici, ad esempio quelli del Cantone di Zurigo e della città di Lubecca, contengono una tale disposizione: ma che questa sia giuridicamente fondata non lo possiamo ammettere senza contraddire a quanto sopra esponemmo: tanto sarebbe se un legislatore dicesse: concedo ai miei

(1) Savigny, Di Stefano, Ibidem; Phillimore, *Internat. Law*, vol. IV, n° 457.

concittadini questi e questi diritti; ma essi non ne potranno più godere se è provato che li esercitano credendo e con l'intenzione di frodare le disposizioni della legge; assurdo evidente. Se poi questo articolo è scritto in un Codice è certo che il giudice nazionale dovrà applicarlo (ognuno pensi con quanto vantaggio della sicurezza dei diritti) (1), ma non potrà farlo un giudice straniero che non trova nel suo Codice una disposizione analoga; ma tale questione si connette con un'altra che qui sotto trattiamo.

7. Quando la legge nazionale del disponente o contraente gli vieta di compiere all'estero un determinato atto se non in una determinata forma, sarà egli obbligato a farlo solo in quella forma? Se si risponde affermativamente si viene con ciò a porre una eccezione al principio nostro fondata sul divieto imposto all'agente dalla sua legge personale.

Poniamo che la legge di uno Stato vieti sotto pena di nullità ai cittadini che si trovano all'estero di fare una donazione, un contratto qualsiasi, un testamento se non in forma autentica: e che il cittadino di esso Stato trovandosi in un paese in cui quegli atti si possono validamente fare anche dagli stranieri per scrittura privata approfitti della facoltà che gli concede la legge del luogo in cui si trova e li compia per scrittura privata. Evidentemente se si discuterà della validità di tali atti nella patria dell'agente essi saranno giudicati nulli: ma se fosse investito della cognizione il giudice dello Stato in cui gli atti furono compiti? Con ammirabile concordia, ad eccezione di due o tre giuristi, tutti gli altri (2) rispondono che il giudice dovrà tener conto del divieto imposto all'agente dalla legge personale e dichiarare nullo l'atto. E così ragionano: due argomenti si possono invocare; primo che la regola *l. r. a.* non è che una concessione presunta o tacita fatta dalla legislazione personale dello straniero la quale può, per disposizione formale ed espressa, escludere l'applica-

(1) Vedi Serafini, *Sulla nullità degli atti giurid.*, specialm. cap. xiv.

(2) Fiore, *Delle dispos. gener. ecc.*, n° 786; Lomonaco, *op. cit.*, pag. 186; Esperson, *Le dr. int. pr.*, n° 70, *J. D. I. P.*, 1882, pag. 160; Di Stefano, *op. cit.*, pag. 58; Foelix, *op. cit.*, vol. I, n. 82; Laurent, *op. cit.*, vol. II, n° 249, vol. VI, n° 419 e *Droit civil*, vol. I, n° 100; Weiss, *op. cit.*, pag. 255; Despagnet, *op. cit.*, n° 276 e *La règle l. r. a., ecc.*, pag. 61, *R. P. D. I. P.*, 1890-91; Duhaut, pag. 310; Lacanal, *op. cit.*, pag. 14; Durand, *op. cit.*, n° 94; Duguit, *op. cit.*, pag. 137 seg. (solo però dal punto del diritto positivo francese); Audinet, *op. cit.*, n° 366; Von Bar, *op. cit.*, vol. II, n° 370; Mankiewicz, *op. cit.*, pag. 38.

zione della regola (1); questa costituisce una restrizione al diritto comune della personalità del diritto stabilita per comodità dello straniero: ma dal fatto che questa restrizione è comandata dall'interesse stesso dello straniero risulta che non spetta alla legislazione del luogo il formularla, ma alla legge personale dello straniero che abdica in certo modo, per venirgli in aiuto, una parte della sua sovranità. Se dunque questa legge personale non ha abdicato e vieta di fare un atto all'estero se non con le forme che essa stessa prescrive, la regola *l. r. a.* cessa di essere applicabile (2); insomma la sola legge nazionale può accordare all'individuo il diritto di usare della regola *l. r. a.*, la sola legge nazionale può determinare i limiti di quest'uso (3); il secondo argomento è quello secondo il quale quando la legge personale dello straniero gli vieta di fare all'estero un atto se non in una determinata forma, ne limita la capacità personale e quindi siccome la capacità deve esser retta dalla legge nazionale l'atto sarà nullo dovunque (4).

Notiamo prima di tutto che i due argomenti partono da due supposizioni differenti: il primo che si tratti di una questione di forma, il secondo che si tratti d'una questione di capacità: fermandoci per ora a questa, escludiamo assolutamente che si possa di capacità parlare: se si vuol riconnettere alla capacità ogni divieto che fa la legge di adoperare per la stipulazione di un atto una certa forma si confonde ogni cosa: è assurdo dire (come, data la verità dell'asserto, si dovrebbe) che uno è capace di far testamento olografo o uno è incapace di far una donazione per scrittura privata: la capacità è la potenza giuridica in astratto di fare una data cosa: io sono capace di far testamento, una donazione, un contratto, poi la legge regola il modo con cui dovrò manifestare la volontà per compiere quell'atto, ma la capacità mia esiste e non muta, indipendentemente dal mutare delle prescrizioni riguardanti la forma dell'atto.

Si potrebbe forse sostenere che la capacità giuridica dei cittadini italiani sarebbe modificata o limitata se domani il legislatore, poniamo, stabilisse che tutti gli atti che ora si possono fare validamente per

---

(1) Von Bar, *Confl. des lois en mat. de mariage; J. D. I. P.*, 1887, pag. 698 e *op. cit.*, loc. cit.

(2) Weiss, *op. cit.*, loc. cit.

(3) Durand, *op. cit.*, loc. cit., ecc.

(4) Despagnet, *Précis*, n° 337 e *La règle l. r. a.*, ecc., loc. cit. e quasi tutti gli autori sopra citati.

scrittura privata, dovranno invece farsi per atto di notaio? — « È evidente, scrive benissimo il Fusinato (1), che qualunque divieto concernente o una condizione intrinseca o una forma determinata per la stipulazione di un atto, si esplica praticamente in una limitazione imposta alla facoltà o, se vuolsi, alla capacità delle parti e come tale può venir rappresentato. Così può dirsi (se piace) che i cittadini italiani sono incapaci a obbligarsi civilmente per effetto del giuoco, o a far donazioni per scrittura privata; ma tali espressioni sarebbero improprie, o quanto meno, non devono essere impropriamente interpretate. Perocchè non è già per una considerazione personale all'individuo che il legislatore ordina quelle proibizioni, ma perchè indipendentemente da ogni capacità personale che vien supposta esistente, la *causa* di quella obbligazione vien riputata immorale, o la *forma* vien giudicata insufficiente (in relazione con l'importanza dell'atto) a garentire la manifestazione libera, sincera e spontanea della volontà, per la tutela della buona fede, nell'interesse dei contraenti e dei terzi. L'entità sostanziale della disposizione testamentaria non muta, sia che essa venga espressa in uno scritto privato o in un documento notarile. Identiche quindi devono rimanere e rimangono le condizioni di capacità nel testatore ».

Finalmente tutto l'esame che abbiamo fatto del concetto di forma e la definizione che ne abbiamo data nel terzo capitolo sono un nuovo argomento per escludere che nel caso in questione si tratti di capacità.

Escluso quindi il secondo argomento dei nostri avversari, rimane il primo col quale, pur ammettendo trattarsi di questione di forma, dicono dover prevalere il divieto della legge personale. Ci sembra inutile ripetere ora quanto più e più volte (2) abbiamo dimostrato, cioè che la personalità della legge non è niente affatto il « diritto comune », che la regola *l. r. a.* non è una eccezione ad essa, che non è la legge nazionale dello straniero quella che gli accorda il diritto di usare del principio *l. r. a.*, che questo non deriva o da concessioni nè presunte, nè tacite o da « abdicazioni di sovranità » fatte dalla legge dello Stato cui lo straniero appartiene alle leggi dello Stato in cui si trova (3), ecc., che insomma tutti gli argomenti su cui fondano

(1) Fusinato, Nota a sentenza 4 agosto 1891, Corte app. Genova, Hendriks Ogtrop c. Formica, *Foro Ital.*, anno XVII, fasc. II.

(2) Vedi tutto il Cap. III e il n° 5 di questo.

(3) A questi scrittori che sostengono a fondamento della regola l'idea della « concessione », della « abdicazione », vorrei domandare come si spiega allora

quella soluzione non possono essere da noi accettati. Del resto basta ricordare il fondamento giuridico che abbiamo cercato di dare alla regola *l. r. a.* riconnettendola ad un principio di ordine pubblico per comprendere come non possiamo accettare nè quelle premesse, nè la conclusione che per il caso in questione ne traggono: anzi noi, giusto per questo caso, arriviamo anche più in là, ossia ad una affermazione che potrà sembrare ardita, ma che deve esser accettata da chi accolga il fondamento da noi dato alla regola; arriviamo cioè a negare assolutamente al legislatore il diritto di imporre ai suoi cittadini il divieto di fare all'estero certi atti se non in una determinata forma (1): se scrive una tale disposizione nel suo Codice egli eccede la sua competenza, chè il diritto internazionale privato (di cui il còmpito è solo e appunto quello di attribuire alle differenti legislazioni la competenza di regolare i vari elementi dei rapporti giuridici) deve, secondo noi, concedere esclusivamente alla legge del luogo dove son fatti gli atti il diritto di regolarne la forma, in base precisamente al nostro fondamento giuridico della regola *l. r. a.*; se è da esso che si riconosce dover essere validi gli atti compiuti secondo le leggi del luogo, non si può non derivarne pure la convinzione che il diritto di regolarne la forma spetta soltanto al legislatore locale.

Ma supponiamo pure che tutto ciò non sia vero e che realmente competente a regolare la forma sia la legge personale dell'agente, la quale alcune volte per ragioni di sola opportunità concede alla legge del luogo di reggere la forma dell'atto: manco ammettendo ciò, si può arrivare alla conclusione nei nostri avversari. Infatti nell'ipotesi fatta si tratta della validità di un atto compiuto con una forma differente da quella prescritta dalla legge personale pei cittadini all'estero, in uno Stato che ammette il principio *l. r. a.* o, per chiarire con un esempio, si tratta della validità di un testamento

---

che tutti i Codici i quali stabiliscono che la forma degli atti è regolata dalla legge del luogo in cui sono fatti si dimenticano di aggiungere (come, data quella premessa, sarebbe logico e necessario) « purchè la legge personale dei disponenti o contraenti differentemente non disponga »? — Perchè molte legislazioni, la nostra compresa, concedono ai contraenti e disponenti la facoltà di seguire la loro legge se comune a tutte le parti? Se è la legge loro quella che sola può dar loro il diritto di usare della regola *l. r. a.* quella concessione è, per lo meno, oziosa!

(1) Fusinato, *nota cit.*

olografo fatto in Italia da un neerlandese (1) di cui la legge stabilisce (art. 992 Cod. civ.): « Un neerlandese che si troverà all'estero non potrà fare il suo testamento che per atto autentico, osservando le forme usate nel paese in cui questo atto sarà fatto ». Il magistrato italiano trovando nel Cod. nostro l'art. 9 Disp. prel. dovrà dichiarare valido quell'atto senza indagare se il legislatore scrivendolo nel Codice l'abbia fatto per diritto proprio o per graziosa concessione tacita o presunta dei legislatori degli altri Stati: nel Codice italiano, che il giudice è chiamato applicare, la disposizione che sancisce la regola *l. r. a.* c'è; dopo la formulazione di questa non sta scritto, « purchè la legge nazionale dei disponenti o contraenti differentemente disponga » e il magistrato italiano dovrà applicarla per suo stretto dovere. — Nè speciosamente ci si opponga che come il giudice italiano è chiamato molte volte ad applicare a stranieri disposizioni di leggi straniere differenti dalle disposizioni del Cod. civile nostro, così potrà fare anche nel caso in questione, perchè ci sembra essere nella nostra scienza assioma indiscutibile ed evidente che, in caso di conflitto fra la legge italiana e le straniere, moltissime volte una disposizione di diritto privato interno straniero potrà derogare ad una disposizione di diritto privato interno italiano, ma *mai* e in *nessun caso* una disposizione straniera di diritto internazionale privato potrà derogare ad una contraria disposizione nostra di diritto privato internazionale.

Ci sia permesso poi osservar di passaggio che tutte le difficoltà e le discussioni che il caso in questione presenta e solleva non derivano altro che da un fatto già altre volte da noi osservato: dal non aver distinto esattamente la forma di un atto dalla sostanza e dalla capacità delle parti e dall'essersi generalmente la dottrina accontentata della elastica, incerta, vaga giustificazione che finora si diede alla regola nostra.

Questo fatto poi di altre confusioni e difficoltà è causa; così d'aver creduto esser parte della forma e come questa regolato il tempo in cui è lecito di fare un certo atto. Secondo il Laurent (2), il Ricci (3), il Bianchi Emilio (4) ed altri ancora, se un Codice stabilisce che il

(1) È questo il caso nel quale più frequentemente si presenta nella pratica la questione, sulla quale dovremo ritornare nella parte speciale.

(2) LAURENT, *Droit civil*, vol. 21, n° 58.

(3) RICCI, *Corso teor. pr. di dir. civ.*, IIª ed., vol. VII, n° 4.

(4) BIANCHI E., *Del contratto di matrimonio*, n° 39.

contratto di matrimonio, ad es., deve sotto pena di nullità esser fatto prima del matrimonio, questa è una disposizione di forma che deve esser retta dalla regola *l. r. a.*: tale opinione che ci sembra inesatta deriva precisamente dal non aver chiarito il concetto di forma e dall'ammettere quelle distinzioni, fonti di tanti errori, in forme intrinseche, estrinseche, abilitanti, ecc., ecc.; ciò condusse a credere che quella sia una disposizione relativa alla forma dell'atto, mentre, a nostro avviso riguarda esclusivamente la capacità delle parti (1) e come in genere questa, deve esser retta dalla legge personale, non dalla *lex loci contractus.*

Altri invece confondono la forma con la sostanza: così chi (2) crede che l'invalidità dell'obbligazione contratta all'estero di fare cosa vietata nella patria dei contraenti (p. es. di introdurre in Italia merci in contrabbando) costituisca una eccezione alla regola *l. r. a.*; mentre è chiaro trattarsi qui di invalidità per causa illecita non per difetto di forma.

8. Da quanto siamo venuti fino ad ora dicendo consegue logicamente:

I. La validità dell'atto compiuto secondo le leggi del luogo non viene a mancare nè per mutazione di nazionalità dell'agente, nè per modificazioni della *lex loci actus*, nè per l'una e l'altra insieme: non per la prima, perchè, quando nella redazione dell'atto si sia seguìta la legge locale, l'atto è valido qualunque sia la patria dell'agente, non avendo, nè dovendo avere la legge personale nessuna efficacia per determinare la forma dell'atto; non per la seconda, essendo principio inconcusso di diritto transitorio essere la forma degli atti retta dalla legge del tempo in cui sono stati fatti (3): ora ciò che vale pel nazionale deve, nella specie, valere anche per lo straniero; non per l'una e l'àltra mutazione insieme essendo che dalla combinazione di due soluzioni in un senso, non può derivare una soluzione in senso opposto.

II. Se un atto può scomporsi in parecchi compiuti in differenti Stati come una cambiale che può essere emessa in un paese, girata in un secondo, accettata in un terzo, ognuno di questi atti singolarmente dovrà per la forma sottostare alla regola *l. r. a.*; lo stesso

---

(1) Vedi nella parte speciale a proposito del contratto di matrimonio.

(2) Vedi autori cit. in Foelix, *op. cit.*, vol. I, n° 82.

(3) Vedi Gabba, *Teoria della retroatt.*, vol. I, part. II, lib. II, sez. III, § 3 d.

dicasi delle ratifiche, modificazioni, rescissioni, revoche, ecc., fatte in uno Stato di atti compiuti in altro territorio politico (1). — D'altra parte se due o più individui negoziano una convenzione percorrendo insieme diversi Stati, la forma del contratto sarà retta dalla legge del luogo dove è stato concluso, non dal luogo dove è stato negoziato (2).

III. Nei negozi giuridici fra assenti la legge del luogo in cui il negozio si calcola perfetto sarà quella cui si dovrà riferirsi per giudicare della validità formale dell'atto. Naturalmente il luogo di perfezione sarà differente secondo che le legislazioni accettano la teoria della dichiarazione (*Aesserungstheorie*) o la teoria del ricevimento (*Empfagstheorie*) o della percezione (*Vernehmungstheorie*). Indagare quale fra queste sia preferibile e quale debba prevalere in caso di conflitto eccederebbe i limiti del nostro studio: per noi basta affermare che la *lex loci actus* sarà anche la legge secondo cui si giudicherà la *forma actus* (3).

IV. Se nella patria dell'agente l'atto che vuol compier deve esser fatto autenticamente e se la legge del luogo in cui lo fa riconosce validità all'atto tanto se autentico come per scrittura privata, egli potrà farlo, senza detrimento alcuno della validità dell'atto, tanto in uno come nell'altro modo concessogli dalla legge locale.

Egualmente nel caso che, nella patria dell'agente sia prescritta per l'atto che vuol compiere una determinata forma d'autenticità e nel luogo in cui si trova il carattere d'atto autentico possa derivare oltre che da una forma analoga anche da altre differenti, l'agente avrà la libera scelta fra queste: qualunque preferisca, l'atto sarà valido.

Per evitare difficoltà e possibili contestazioni e liti sarà consigliabile che nel primo caso faccia l'atto in forma autentica e nel secondo preferisca quella forma che più si avvicina a quella prescritta nella sua patria: ma ciò solo per considerazione d'indole affatto pratica, non perchè l'atto sia invalido se invece sceglie altra delle forme permesse dalla *lex loci*.

---

(1) Cfr. DESPAGNET, *op. cit.*, n° 268 e FOELIX, *op. cit.*, n° 82.

(2) Non ci sarebbe manco bisogno di osservar ciò; lo facciamo solo perchè alcuni scrittori, fra cui il MASSÉ (*op. cit.*, vol. I, n° 578), credono opportuno di intrattenersi su di tal questione.

(3) Cfr. VON BAR, *op. cit.*, vol. I, n° 125.

V. Finalmente è utile non dimenticare di osservare che la non osservanza delle leggi di registro e bollo vigenti nel luogo di redazione dell'atto, se produce colà la nullità degli atti, deve produrre lo stesso effetto anche all'estero: nè gioverebbe obbiettare che i diritti del fisco di uno Stato estero non possono avere per noi nessuna importanza: quando in quello Stato il mancato pagamento di una tassa o la trascuranza di scrivere l'atto in carta da bollo porti per conseguenza la nullità dell'atto stesso, quelle disposizioni non interessano solo la riscossione delle imposte straniere ma riguardano essenzialmente la forma degli atti e devono essere osservate anche dallo straniero (1). Così se il progetto presentato dal Minghetti alla Camera dei deputati il 27 novembre 1873 (2) fosse divenuto legge, i contratti conclusi da stranieri in Italia e non registrati e bollati che avessero dovuto esser dichiarati nulli dai giudici italiani, avrebbero pure dovuto esser riconosciuti nulli all'estero.

9. Nei molti casi da noi esaminati siamo finora sempre arrivati ad ammettere l'impero assoluto della regola nostra senza eccezione alcuna; non v'è forse nessun caso affatto in cui si possa o si debba anzi derogare ad essa?

Un primo e raro caso di eccezione al *l. r. a.* si verifica quando un individuo voglia porre in essere all'estero un negozio giuridico che non è preveduto e regolato dalla legislazione locale: due casi possono darsi; o che quel negozio giuridico sia vietato dalla legislazione locale perchè ritenuto contrario all'ordine pubblico, sebbene sia calcolato lecito dalla sua legge nazionale, nella quale ipotesi evidentemente non solo l'agente non avrà modo di invocare la regola nostra, ma di qualunque forma lo rivesta farà sempre un atto che per causa illecita sarà giuridicamente nullo di fronte alla *lex loci:* oppure il negozio, sebbene non sia contrario all'ordine pubblico del luogo non è dalla legislazione locale preveduto e regolato: si può benissimo supporre che vi sia un Codice che non considera affatto p. es. la promessa di matrimonio e in tal caso due sposi stranieri che vogliano contrarre tale atto crediamo possano seguire la forma prescritta dalla loro legge personale in quanto sia possibile farlo nel luogo dove si trovano. Che gli sponsali così contratti producano effetti civili nel *locus contractus* è questione che eccede la nostra ricerca; però nello

---

(1) Cfr. Von Bar, *op. cit.*, vol I, n° 126; Story, *Commentaries*, n° 260.

(2) Vedi Serafini, *Sulla nullità degli atti giuridici*, parte I e III.

Stato cui appartengono gli sposi, l'atto così compiuto dovrà, a nostro avviso, esser ritenuto valido, dimostrato ch'essi abbiano l'impossibilità in cui si trovarono di riferirsi alla *lex loci contractus*.

Un altro caso di eccezione si presenta quando la persona si trovasse in paese incivile o selvaggio. Il diritto internazionale privato non può avere applicazione che fra Stati arrivati sensibilmente allo stesso grado di civiltà. Accogliendo un concetto del Lorimer (1) si può distinguere l'umanità in tre sfere concentriche: l'umanità civile, l'umanità barbara e l'umanità selvaggia, ognuna delle quali ha rispettivamente diritto ad un riconoscimento politico pieno, ad un riconoscimento politico parziale ed al riconoscimento naturale o puramente umano. Il diritto internazionale privato non può trovare applicazione che negli Stati della prima specie. Evidentemente sarebbe assurdo invocare la regola nostra per negare validità ad un atto qualunque fatto da un italiano, mentre si trovava fra una selvaggia tribù africana o anche in uno Stato semi-barbaro non ancora giunto ad un ordinato e stabile sviluppo di organizzazione politica (2).

10. Finalmente la più importante eccezione, quella anzi che in una più completa organizzazione internazionale della *magna societas* degli Stati avrà largamente il còmpito di temperare il rigore col quale, per quanto siamo venuti finora dicendo, dovrebbe esser applicata la regola *l. r. a.*, è costituita dagli atti diplomatici e consolari.

Il diritto degli agenti diplomatici e consolari di ricevere gli atti dei loro connazionali si volle altra volta giustificare mediante la finzione giuridica della estraterritorialità, la quale, esagerata, si voleva far valere non solo per l'abitazione dell'ambasciatore o del ministro ma anche per quella del console: « là où il y a le drapeau il y a la France », diceva Napoleone, con argomento molto patriottico, se si vuole, ma molto poco giuridico. — Adesso almeno per gli atti consolari tale finzione più non s'invoca, ma secondo che la competenza dei consoli di agire per i loro connazionali quali notai ed ufficiali dello stato civile si esplica negli Scali di Levante o negli Stati cristiani leggermente differente ne è la giustificazione: nel primo caso tale competenza deriva dalla deroga generale ai diritti giurisdizionali della sovranità territoriale in favore di quella cui appartengono gli

---

(1) LORIMER, *Principes de dr. internat.*, lib. II, chap. II e XI.

(2) Vedi FIORE, *op. cit.*, vol. I, n° 239; PILLET, *Le dr. internat. privé, sa définition, ecc., ecc.*, n° 3, *J. D. I. P.*, 1893, pag. 322.

stranieri; nel secondo deriva, generalmente si dice (1), dal riconoscimento da parte di uno Stato a favore dei proprii sudditi all'estero del valore facoltativo della regola *l. r. a.*: non ci sembra però pienamente esatta e completa la seconda giustificazione: è bensì vero che lo Stato cui appartengono i contraenti o disponenti riconoscendo validi gli atti dal suo agente consolare ricevuti viene implicitamente ad ammettere il valore facoltativo all'estero della regola *l. r. a.*: ma l'eccezione ad essa non è, nel caso, della stessa indole di quella che si riscontra quando l'impero della regola è secondo la legislazione locale soltanto facoltativo, perchè gli atti consolari non possono esser fatti se non in luoghi determinati e con l'intervento e sotto il controllo di persone determinate e rivestite di carattere pubblico dallo Stato stesso alle cui forme si ricorre; inoltre poi, e ciò più monta, i diritti e le attribuzioni di un console non gli derivano esclusivamente dallo Stato che lo ha nominato, ma anche dallo Stato che lo ha riconosciuto: non basta che la legge italiana determini in uno o in altro modo i poteri che spettano al console italiano per concludere che egli quando sia riconosciuto all'estero possa esercitare tutte le attribuzioni che gli appartengono a norma della legge italiana, perciocchè tutto dipende invece dalle convenzioni consolari concluse dall'Italia con gli altri Stati, secondo le quali soltanto devono esser determinati i poteri che i consoli hanno e il modo di esercitarli (2); siccome poi noi abbiamo stabilito che il diritto di regolare la forma degli atti spetta esclusivamente alla legge territoriale, ne deriva che la validità degli atti consolari non deriva solo dal riconoscimento da parte di uno Stato a favore dei propri sudditi all'estero del valore facoltativo della regola nostra, ma anche e principalmente dalla sovranità dello Stato in cui ha sede l'ufficio consolare, la quale crede opportuno per ragioni di interesse pratico di riconoscere ai consoli stranieri quello stesso potere (di fronte ai nazionali del paese che li ha nominati) che nel proprio territorio attribuisce a certi pubblici ufficiali di fronte ai cittadini ed agli stranieri: e con ciò viene a stabilire una deroga al *l. r. a.* In fin dei conti le attribuzioni degli uffici di stato civile e di notai che secondo la maggioranza delle convenzioni consolari spettano ai consoli non hanno fonte differente da quella della giurisdizione civile e penale che loro spetta negli Scali di Le-

(1) Vedi Catellani, *op. cit.*, n° 479; Von Bar, *op. cit.*, vol. I, n° 124, ecc.
(2) Fiore, *Dir. intern. pubblico*, vol. II, n° 1262.

vante secondo le capitolazioni: con queste gli Stati orientali derogano ad alcuni attributi della loro sovranità in favore di quegli Stati cui appartengono gli stranieri, con le convenzioni consolari (o meglio solo con alcuni articoli di queste) gli Stati cristiani senza derogare affatto a nessun attributo della loro sovranità, concedono allo Stato che nomina i consoli d'attribuir loro alcuni incarichi che competerebbero esclusivamente agli ufficiali locali: tanto nell'un caso che nell'altro insomma i consoli ripetono la loro autorità non solo dallo Stato che li nomina, ma anche, mediatamente, dallo Stato che li riconosce.

Questa eccezione alla regola *l. r. a.* (utilissima perchè ne mitigherebbe quel rigore col quale desidereremmo che fosse dovunque applicata) dovrebbe appunto sempre, in ogni convenzione consolare, essere stabilita ed intesa nel senso da noi indicato, per impedire appunto l'inconveniente, oggi spesso verificantesi, di atti consolari ritenuti validi nella patria dei disponenti o contraenti ma non nello Stato in cui realmente sono stati fatti: quando si ponga una eccezione ad una regola intesa a render dovunque valido l'atto, è necessario che anche l'eccezione sia pari, per l'efficacia degli effetti che ne derivano, alla regola.

D'altra parte, mentre desideriamo che più e più sempre venga concesso al console il diritto di ricevere gli atti dei cittadini dello Stato che lo nominò, secondo le forme di esso Stato, speriamo pure che sempre meno venga riconosciuta validità agli atti compiuti dall'agente diplomatico secondo la legge del suo Stato e a quelli compiuti da suoi concittadini nella casa addetta alla legazione; a meno che tale diritto non sia concesso da una convenzione internazionale, ciò che molto raramente si verifica, la validità di tali atti non trova altra giustificazione che nella vieta finzione giuridica dell'estraterritorialità la quale crediamo col Fiore (1) essere un vero assurdo giuridico se elevata a regola di diritto, e speriamo veder sempre più ristretta nella sua applicazione, sebbene ancora vanti strenui se non bene armati difensori (2).

(1) Fiore, *Dir. intern. pubblico*, vol. I, n° 1196.

(2) Heyking, *L'exterritorialité*, § 14 e seg.

CAPITOLO V.

La regola *LOCUS REGIT ACTUM* nel diritto positivo.

1. Italia. — 2. Francia. — 3. Belgio. — 4. Spagna. — 5. Portogallo. — 6. Svizzera. — 7. Austria. — 8. Germania. — 9. Paesi Bassi. — 10. Russia. — 11. Serbia. — 12. Rumania. — 13. Conclusioni della Conferenza dell'Aja del 1893. — 14. Luigiana. — 15. Basso-Canadà. — 16. Argentina. — 17. Paraguay. — 18. Messico. — 19. Guatemala. — 20. Chilì. — 21. Uruguay. — 22. Columbia. — 23. San Salvador. — 24. Conclusioni dei Congressi Sud-Americani del 1878 e del 1888-89. — 25. Congo. — 26. Giappone.

1. Un rapido sguardo alle disposizioni generali di quelle legislazioni che hanno accolto la regola *l. r. a.* servirà a mostrarci il dannoso effetto ad esse recato da tanta incertezza nella dottrina ed insieme la quantità di conflitti che sorge dal vario modo di intendere e di formulare una norma la quale dovrebbe servire ed è sancita allo scopo di evitare ogni collisione fra le leggi relative alle forme degli atti.

Ci limitiamo a riferire qui soltanto le disposizioni generali ove queste siano espresse nei codici: alle disposizioni speciali relative ai singoli istituti giuridici faremo richiamo nella parte speciale via via che dei singoli istituti ci occuperemo.

Il Cod. civ. italiano nel primo alinea dell'art. 9, Disp. prel., reca: « Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. È però in facoltà dei disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti » (1). Questa disposizione era nell'art. 6 del progetto formulata differentemente, così: « I contratti e gli atti tra vivi d'ogni specie e d'ultima volontà sono validi per le loro forme estrinseche, purchè siano conformi alle leggi del luogo in cui vennero fatti ».

Il Mancini riferiva che la Sotto-Commissione, posta questa massima, si propose il quesito se la regola *l. r. a.* dovesse rendersi assoluta-

(1) Crediamo opportuno riportare *in extenso* coteste disposizioni generali dei vari codici relative alla regola *l. r. a.*, perchè dovendovi spesso far richiamo nella parte speciale può esser molte volte utile conoscere esattamente come è stato formulato il principio da questo o quel legislatore.

mente obbligatoria in tutti i casi, oppure si dovesse talvolta permettere ai disponenti ed ai contraenti di scostarsene; e continuava esponendo che in massima si ritenne la regola essere puramente facoltativa; però essersi osservato che se questo poteva stare quando i contraenti appartengono tutti allo stesso paese straniero, la cosa doveva correre altrimenti nel caso che appartenessero a paese diverso: in tale seconda ipotesi dovere la regola essere obbligatoria, mancando ogni titolo per cui i contraenti possano scegliere una forma diversa da quella sanzionata dalla legge del luogo nel quale segue il contratto: « titolo questo che nella prima ipotesi stava appunto nell'essere comune a tutte le parti la legge cui si riferivano ». Per ciò aver proseguito l'articolo così: « salvo nei disponenti o contraenti, appartenenti ad un medesimo paese straniero, la facoltà di osservare le forme stabilite dalla loro propria legge nazionale ». La Commissione coordinatrice fu unanime nell'accettare il principio e la eccezione in favore della legge nazionale: il Bonacci però credeva che non si dovesse distinguere tra il caso in cui i contraenti appartengano allo stesso paese straniero e quello cui appartenevano a paese diverso, e proponeva di modificare la seconda parte così: « salva ai disponenti o contraenti la facoltà di osservare anche all'estero le forme stabilite dalla propria legge nazionale ». Il Cassinis tuttavia difendeva l'eccezione in favore dei soli connazionali « avvegnachè dall'un canto, quando venuti i contraenti a contesa in proposito, s'avesse preventivamente ad esaminare qual sia la legge o il tenore della legge del rispettivo paese, si aprirebbe il campo ad infinite dubbiezze, a gravissime difficoltà, e d'altro canto non s'impone loro un troppo grave incarico quando si vuole che, ad evitarle, si uniformino per la forma esteriore dell'atto alla legge del luogo in cui esso si fa »: la Commissione approvando queste osservazioni, in maggioranza accoglieva una formola proposta dal De Foresta di poco dissimile da quella che fa ora parte dell'art. 9 (1).

Osserviamo di passaggio che avendo la Commissione approvata la eccezione in favore della legge personale dei contraenti connazionali *perchè in tal caso la legge è comune a tutte le parti*, avrebbe dovuto modificare la formulazione in modo da permettere l'eccezione anche in favore di stranieri retti da leggi identiche sebbene non concittadini.

---

(1) Ved. tale discussione riferita per esteso in *Processi verbali delle sedute della Commissione di coordinamento*, ecc. Verb. n° 54, sed. del 29 maggio, pag. 356 ed in ASTENGO, DE FORESTA ecc., *Cod. civ. esposto nelle fonti*, ecc., pag. 137.

Con l'art. 9 il legislatore italiano abbandonò il criterio della reciprocità che anche relativamente a questo punto informava le precedenti legislazioni civili italiane: ed invero il Cod. Albertino all'art. 1418 recava: « I contratti ed atti seguìti in paesi stranieri, secondo le forme in essi vigenti, hanno la stessa forza che ottengono in quei paesi gli atti e contratti seguìti nei regi Stati ». Ed il Cod. Estense pure conteneva una disposizione del tutto simile (1). L'Albertino però derogava pei cittadini sardi in due casi dal principio: per le forme del matrimonio e del testamento: nell'art. 64 dopo aver richiamata la disposizione del 1418 per gli atti di nascita, matrimonio e morte, aggiungeva: « Quanto però ai matrimoni contratti dai sudditi in paese straniero dovrà constare essere quelli seguìti secondo le leggi della Chiesa cattolica, salvo che si tratti di non cattolici ». E per le disposizioni di ultima volontà, all'art. 697: « I testamenti fatti fuori dello Stato avranno il loro effetto anche nei regi Stati se saranno osservate le forme prescritte dalle leggi vigenti nel luogo in cui si saranno fatti. I testamenti però fatti all'estero dai sudditi e non ricevuti da un notaio, od altro pubblico uffiziale, non avranno effetto nei regi Stati ». La regola era pure applicata (non a reciprocità) dal Cod. delle Due Sicilie agli atti dello stato civile (2), e, pare, anche alla celebrazione del matrimonio (3), e dal Cod. Parmense al testamento (4).

2. In Francia, al momento della redazione del Cod. civ., l'art. 5 del primo progetto di titolo preliminare era così concepito: « La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont faits ou

(1) *Cod. civile per gli Stati Estensi*, 25 ottobre 1851, art. 2334: « Gli atti seguìti in paesi stranieri, secondo le forme in essi usate, hanno la stessa forza che ottengono in quei paesi gli atti seguìti in questi Stati ».

(2) *Cod. per il Regno delle Due Sicilie*, 26 marzo 1819, Parte I. Leggi civili, art. 49: « Qualunque atto dello stato civile di un nazionale o di uno straniero, fatto in un paese straniero, sarà valido, qualora siensi osservate quelle formalità che sono in uso in quel paese ».

(3) *Ibidem*, art. 180: « Fra i tre mesi dal ritorno di un nazionale nel regno, l'atto della celebrazione del matrimonio contratto in paese straniero sarà trascritto sul registro pubblico de' matrimoni del luogo del suo domicilio ».

(4) *Cod. civ. per il Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla*, 23 marzo 1820, art. 727: « Un cittadino di questo Ducato che si troverà in estero Stato, potrà disporre con testamento olografo, sebbene questa maniera di testare o non fosse ricevuta nello Stato medesimo, o essendovi ricevuta, fosse sottoposta ad altre formalità ». E l'art. 743: « Il testamento fatto da un cittadino di questi Stati in paese estero potrà essere eseguito in questi medesimi Stati quando sia munito delle forme vigenti in quel paese, salvo il disposto nell'art. 727 ».

passés ». Il Consiglio di Stato accolse senza discussione questa massima il 4 termidoro, anno IX, e la mantenne dopo qualche osservazione il 14 frimaio seguente; giustificata dal Portalis il 3 frimaio, anno X, in una prima esposizione dei motivi e sostenuta dall'Andrieux al Tribunato il 12 frimaio seguente, sollevò invece le critiche del Chazal, dal discorso del quale si deduce che non aveva intesa la portata della regola, comprendendo nel concetto di forma le cosidette formalità abilitanti: « Cette règle générale, disse, a comme toutes les autres, ses exceptions, dont il fallait l'accompagner, et dont on n'a pas pu la séparer sans danger. Par exemple, de ce que les actes passés en pays étranger ne sont soumis qu'aux formes prescrites par les lois de ces pays, validez-vous l'acte de mariage qu'un Français mineur irait faire exprès. sans le consentement de son père, dans les pays italiques régis par le concile de Trente, qui dispense de ce consentement et anathématise même quiconque ose l'exiger? ». Il Portalis gli rispose il 23 frimaio davanti al Corpo legislativo: « Avant que de raisonner, il faut s'entendre. La maxime est limitée à la forme des actes; or, le consentement des pères au mariages des enfants mineurs n'est point une forme, mais une condition ». Ad onta di questa opportuna risposta sembra che dalla discussione e dalla osservazione che se l'articolo non aveva per fine che gli atti compiuti in paese straniero, il legislatore oltrepassava il suo còmpito non spettandogli di estendere il suo potere al di là del territorio francese, derivasse generalmente il convincimento che sarebbe stato pericoloso il trasformare in legge una massima non ancora bene determinata; ed infatti, ripreso lo studio del titolo preliminare, sebbene l'articolo fosse stato adottato dalla sezione di legislazione del Tribunato il 20 messidoro, anno X, si convenne, probabilmente in seguito ad una conferenza tenuta fra questa sezione ed il Consiglio di Stato, di sopprimere questo testo che mancava nella redazione definitiva del progetto presentato dal Portalis al Consiglio di Stato il 29 vendemmiale, anno XI (1). Manca quindi nel Cod. civ. francese una disposizione generale su tal punto: alla deficenza si supplì con l'applicazione speciale del principio agli atti dello stato civile, al matrimonio ed al testamento negli art. 47, 170 e 999 Codice civile.

---

(1) Ved. Locré, *op. cit.*, vol. I, pag. 380, 393, 400, 416, 433, 448, 478, 564-5; Merlin, *Répertoire*, voce *Loi*, § 6, n° 8; Lainé, *Étude sur le tit. prél. du projet Cod. civ. belge*, *B. S. L. C.*, 1890, pag. 557.

3. Fra le modificazioni fatte in Belgio al Cod. Napoleone colà vigente, nessuna sancisce in termini generali la regola: la quale invece è argomento di parecchi articoli tanto nell'*Avant-Projet de révision du Cod. civ. belge* del Laurent, che nel Progetto della Commissione. Nel primo (1) tutta la Sezione III, Capit. II, del titolo preliminare riguarda gli effetti nello spazio delle leggi relative alla forma degli atti; sono sette articoli: Art. 19. « Les formes extrinsèques des actes authentiques et sous seing privé sont réglées par la loi du pays où ils sont faits ou passés ».

« Art. 20. Ces formes sont obligatoires, quelle que soit la nationalité des parties. Toutefois, quand il s'agit d'écrits sous seing privé, dressés par une seule personne ou par plusieurs ayant la même nationalité, les parties peuvent suivre les formes prescrites par leur loi nationale. Cette disposition reçoit exception quand la loi nationale des parties défend de recevoir un acte dans la forme olographe, ou ne le permet que sous les conditions qu'elle prescrit ».

« Art. 21. S'il s'agit d'un contrat ou d'un acte solennel, la solennité est déterminée par la loi qui régit le contrat ou l'acte ».

« Si l'écrit est dressé à l'étranger, on suit la loi locale pour les formes extrinsèques des actes authentiques ou sous seing privé ».

« Art. 24. Les formalités prescrites dans l'intérêt des tiers, pour la translation de la propriété ou des droits personnels et réels, sont régies par la loi territoriale ».

Non riferiamo gli art. 22 e 25 relativi alle forme di procedura e di esecuzione ed ai mezzi di prova. Richiamiamo solo l'attenzione del lettore sull'art. 23: « Les formalités concernant l'état et la capacité sont régies par la loi nationale de la personne » che ammette la esistenza delle formalità abilitanti.

Tutte queste disposizioni che rispecchiano, con tutti i pregi ed i difetti, la teoria svolta dal Laurent nei suoi trattati, sono state ridotte a due sole nel nuovo progetto di Cod. civ. belga, secondo il quale (2):

« Art. 9. Les formes des actes authentiques et des actes sous seing privé sont réglées par la loi du pays où ils sont faits. Néanmoins, l'acte sous seing privé peut être dressé dans les formes admises par les lois nationales de toutes les parties ».

« Art. 10. Lorsque la loi qui régit une disposition exige, comme

---

(1) Laurent, *Avant-Projet*, pag. 5, e *Motifs*, pag. 128-147.

(2) Meili, *Die Kodification des intern. Civ. Handelsrecht*, pag. 39.

condition substantielle, que l'acte ait la forme authentique ou la forme olographe, les parties ne peuvent suivre une autre forme, celle-ci fût-elle autorisée par la loi du lieu où l'acte est fait ».

4. Nella Spagna anteriormente al Cod. da poco promulgato, due decreti (1) stabilivano la validità dei contratti ed altri atti pubblici fatti all'estero davanti a notai « purchè fossero conformi alle regole stabilite in detto paese straniero per la validità estrinseca dell'atto stesso e purchè gli atti analoghi fatti nella Spagna fossero tenuti per validi nel paese da cui emanavano gli atti prodotti ». Questa clausola di reciprocità fu tolta nel Cod. civ. del 24 luglio 1889 il quale semplicemente stabilisce che: « Le forme e solennità dei contratti, testamenti e di tutti gli atti pubblici si regolano secondo le leggi del paese in cui sono fatti »; la sola eccezione che l'articolo stesso stabilisce è per gli atti fatti da consoli spagnuoli (2).

5. Così pure anche il Cod. civ. portoghese disponendo solo per il caso dei cittadini all'estero, nell'art. 24 dopo aver detto che la legge portoghese regge i portoghesi che sono all'estero per il loro stato e capacità, la loro proprietà immobiliare situata nel regno e gli atti che in questo debbano produrre il loro effetto, aggiunge: « nonostante la forma esterna degli atti sarà retta dalla legge del paese nel quale si celebrano, eccettuati i casi in cui vi sia disposizione legale in contrario » (3).

6. Differenze notevoli si riscontrano fra le legislazioni dei vari cantoni dello Stato federale svizzero, sebbene per principio generale accolgano in maggioranza la regola *l. r. a.*

Il Cod. civ. di Zurigo all'art. 56 dispone: « La forma esteriore di un contratto o d'un atto giuridico è retta, per regola, dalla legge

---

(1) Decr. 17 ottobre 1851 e 17 novembre 1852 sulla condizione degli stranieri. Ved. Lehr, *Élém. dr. civ. espagnol*, vol. I, pag. 26.

(2) *Cod. civ. espagnol*, tit. prel., art. 11; Lehr, *op. cit.*, vol. II, pag. 33, e Meili, *op. cit.*, pag. 39.

(3) *Cod. civ. portoghese*, 1° luglio 1867. Ho detto che dispone solo per il caso dei portoghesi all'estero perchè nel tit. IV. *Degli stranieri in Portogallo*, non si trova una disposizione analoga: a meno che la giurisprudenza non interpretasse come relativo anche alla forma degli atti l'art. 26: « Gli stranieri che viaggiano o risiedono in Portogallo hanno gli stessi diritti e obbligazioni civili dei cittadini portoghesi in quanto agli atti che devono produrre i loro effetti in questo regno, eccettuati i casi ne'quali la legge dispone espressamente il contrario, oppure se esiste trattato o convenzione speciale che regoli in altra forma i loro diritti ».

del luogo in cui il contratto è conchiuso o l'atto compiuto. Dal punto di vista dell'efficacia d'un contratto, un atto compiuto all'estero può esser tenuto per valido quantunque irregolare secondo la legge straniera se soddisfa alle condizioni di forma stabilite, nel caso particolare, dalla legge zurighese » (1).

« Rimane riservata la invalidità degli atti, anche se regolari secondo la legge straniera, che fossero compiuti fuori del cantone per sottrarsi alle formalità richieste dalla legge zurighese, e di quelli che per ragioni d'ordine pubblico non possano aver effetto nel cantone che mediante l'osservanza di certe prescrizioni imperative (p. es., i diritti di pegno sui mobili, i contratti di rendita vitalizia [Leibdingsverträge]) ».

L'art. 5 del Cod. del Cantone di Zug del 1861, e l'art. 6 di quello del Cantone di Sciaffusa del 1864 (2) hanno esattamente copiata questa disposizione dal vecchio Codice di Zurigo (3).

La legislazione (4) dei Cantoni di Unterwalden nid dem Wald del 1852 (Personenrechte § 5), di Berna del 1824 (§ 4), di Lucerna del 1831 (§ 6), di Solothurn del 1831 (§ 6) e d'Argovia del 1847 (§ 10) contengono tutte una identica disposizione, la seguente: « La forma di un negozio giuridico è da giudicare secondo le leggi del luogo dove è stato compiuto ». È però da notare che nel progetto di Cod. civile bernese quell'articolo è sostituito dal seguente (5): « La forma di un negozio giuridico si regola secondo le leggi del luogo dove è stato compiuto. Pure è sufficiente anche l'osservanza delle leggi del luogo nel quale il negozio deve sortire il suo effetto ».

« Rimangono eccettuate quelle disposizioni relative alle forme che in causa del loro carattere imperativo per ragioni d'ordine pubblico non si possono evitare con la conclusione del negozio fuori del Cantone ».

Invece nel nuovo progetto di Cod. civ. per il Cantone di Solo-

---

(1) *Cod. civile del Cantone di Zurigo* (1887). Ved. Schneider, *Privatrechtl. Gesetzb. für den Kanton Zurich.*

(2) Ved. Meili, *op. cit.*, pag. 55 e 57.

(3) L'art. 5 del Codice attuale è identico all'art. 6 del Cod. del 1854 di cui il Bluntschli fu il redattore. Bluntschli, *Privatrechtl. Gesetzb. fur den Kanton Zurich.*, e Lehr, *Cod. civ. du Cant. de Zurich traduit et annoté*, Intr. pag. LIII.

(4) Ved. Meili, *op. cit.*, pag. 59, 61, 64, 65, 67.

(5) *Entwurf ueber das Personen und Handelsrecht* del 1868-1871. Ved. *Bericht ueber die Grundlagen einer eineitl Civilgesetzb. für d. Kant. Bern*, pag. 43 e seg. e *Verhandl. d. grosses Rathes d. Kant. Bern ü. den Bericht einer einheitl. C. G. B.*, pag. 3 e seg.

thurn del 1890 quella disposizione rimane immutata (1) e una leggera modificazione di forma subisce nel progetto del Käppeli del 1888 per il Cod. civ. del Cantone d'Argovia (2).

Finalmente l'art. 3 del Cod. civ. del Cantone di Wallis del 1853 reca (3): « Gli atti compiuti all'estero possono essere riconosciuti validi se sono conformi alla legge di quel paese nel quale furono conclusi ». E l'art. 4 del Cod. civ. del Cantone di Friburgo del 1834 (4): « I negozi giuridici civili pei quali sono prescritte forme prestabilite, devono esser conclusi in queste forme; pur tuttavia quei negozi giuridici, che non è proibito a coloro che appartengono al Cantone di compiere all'estero, ma che devono avere in questo Cantone la loro esecuzione, possono essere compiuti o nelle forme prescritte in questo Cantone o in quelle che sono usitate nei paesi dove i negozi hanno luogo ».

7. Nel Cod. civ. generale austriaco del 1811 manca una disposizione relativa esclusivamente alla regola *l. r. a.*; questa però si calcola derivare direttamente (5) dal § 4 per gli atti degli austriaci all'estero e dai §§ 35, 36 e 37 per quelli degli stranieri in Austria: dice il § 4: « Le leggi civili obbligano tutti i cittadini di quelle provincie per le quali sono promulgate. Rimangono essi soggetti a queste leggi anche negli atti e negli affari che intraprendono fuori del territorio dello Stato, in quanto ne viene limitata la personale loro facoltà d'intraprenderli, ed in quanto detti atti ed affari abbiano a produrre delle conseguenze legali anche in queste provincie ». E il § 35: « Un affare intrapreso da uno straniero in questo Stato, con cui esso accorda ad altri qualche diritto, senza obbligarli vicendevolmente, sarà giudicato o in conformità di questo Codice, oppure in conformità della legge alla quale lo straniero come suddito va soggetto, secondo che l'una o l'altra legge, favorisce maggiormente la validità dell'affare ».

---

(1) Diventerebbe il § 35 del Libro I, *Delle persone e dei rapporti di famiglia*. Ved. Meili, *op. cit.*, pag. 66-67.

(2) Diventerebbe il § 24, redatto così: « Le forme di un negozio giuridico o di altro atto giuridico sono da giudicare, ecc. ». Ved. Meili, *op. cit.*, pag. 69.

(3) Ved. Meili, *op. cit.*, pag. 70.

(4) Ibidem, pag. 71.

(5) Così lo Zeiller, *Commentar ü. d. allg. buergerl. Gesetzbuch*, vol. I, § 44, e lo Stubenrauch cit. ap., Puetlingen, *Handbuch*, § 21. Ved. pure questo e Jettel, *Handbuch*, § 32. — Il Winiwaerter, *Dir. civ. austriaco*, § 62 e 63, dice i §§ 35, 36 e 37 del Cod. applicabili così alla forma come alla sostanza degli atti. Conforme è il Decreto aulico 19 luglio 1816. Ved. Unger, *System*, cap. vii, pag. 206, nota 181.

« § 36. Contraendo uno straniero in questo Stato con un cittadino un' obbligazione vicendevole o sia bilaterale, sarà giudicata senza eccezione secondo il presente Codice; contraendosi poi da uno straniero con uno straniero, dovrà giudicarsi pure secondo lo stesso Codice. a meno che non venga provato che nella conclusione dell'affare siasi avuta in vista altra legge ».

« § 37. Se gli stranieri intraprendono in paesi esteri degli affari di diritto con stranieri o con sudditi di questo Stato, saranno essi giudicati secondo le leggi del luogo dove l'affare è stato conchiuso, a meno che nel conchiuderlo non sia apertamente stata presa per base altra legge, e che non vi osti il prescritto del § 4 ».

8. La diversità dei Codici germanici si manifesta anche nella determinazione positiva del principio nostro. Il Landrecht prussiano del 1794 reca: « § 111. La forma di un contratto è da giudicare secondo le leggi del luogo dove è stato concluso ».

« § 115. In tutti i casi nei quali oggetto del contratto è la proprietà, il possesso o il frutto di cose immobili, devono essere osservate le forme prescritte dalle leggi del luogo dove giace la cosa ».

« § 148. Se fuori dello Stato vengono conclusi contratti sopra cose mobili corporali in un luogo dove senza distinzioni sono validi i contratti verbali, la mancanza dello scritto non potrà essere invocata davanti ai nostri tribunali ».

In due punti delle leggi della Baviera troviamo pure formulata la regola; nella Parte I, Cap. 2, § 17 del vecchio *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* del 1756 che ha tuttora vigore e nella Parte XIV, § 7, n. 8 della Gerichtsverordnung, pure dello stesso anno; ambedue stabiliscono: « ..... per quanto riguarda la sola forma e solennità di un atto si dovrà aver riguardo alle leggi o statuti o consuetudini del luogo dove tale atto per causa di morte o tra vivi è stato fatto » (1). Così pure il Landrecht badese del 1809, § 10, art. 3: « Le leggi rela-

(1) MEILI, *op. cit.*, pag. 14. Speciali disposizioni stabilisce il Landrecht per la forma dei contratti fra assenti: « § 112: Se viene concluso un contratto formale fra assenti la forma di questo sarà giudicata secondo la legge del luogo dal quale l'istrumento è datato. § 113: Ma se il contratto fra assenti è fatto solo per lettera senza la redazione di un istrumento formale e v'è differenza fra le forme giuridiche dei luoghi di dimora dei contraenti la validità della forma è da giudicare secondo le leggi di quel luogo secondo le quali è meglio valido il negozio. § 114: Pure lo stesso principio trova applicazione se il contratto è datato da più luoghi che hanno differenti leggi riguardo alla forma ».

tive alla procedura giudiziaria e quelle concernenti la forma e la validità dei negozi giuridici compiuti nel territorio sono applicabili così ai nazionali come agli stranieri » (1). E finalmente il Cod. civ. sassone del 1863: « § 9. La forma da osservarsi nei negozi giuridici si regola secondo le leggi del luogo dove essi sono stati compiuti. Tuttavia è sufficiente l'osservanza delle leggi del luogo nel quale il negozio deve aver effetto » (2).

Se poi in Germania avesse luogo l'unificazione legislativa del diritto civile secondo il progetto che la Commissione incaricata della elaborazione trasmetteva il 31 dicembre 1887 al Cancelliere dell'impero, e che ora una nuova Commissione sta rivedendo, tutte le citate disposizioni sarebbero abrogate per dare efficacia alla seguente:

« § 9. La forma da osservarsi nei negozi giuridici si determina secondo le leggi alle quali il negozio stesso è sottoposto ».

« Basta tuttavia l'osservanza della forma che corrisponde alle leggi del luogo nel quale il negozio giuridico sarà compiuto ».

Però l'ultimo alinea del § 10 reca: « La disposizione del § 9, alinea 2, non trova nessuna applicazione ai negozi giuridici che hanno per oggetto la costituzione, il trasferimento o la estinzione di diritti reali » (3).

---

(1) Meili, *op. cit.*, pag. 9 e seg. Nell'*Entwurf eines buergerl. Gesetzb. f. d. Königreich Bayern* del 1860 che, d'altronde, non è andato in vigore, non si trova nessuna disposizione corrispondente.

(2) Meili, *op. cit.*, pag. 18, *Entwurf eines buergerl. Gesetzb. f. d. Königreich Sachsen*, pag. 2, e *Motiven*, pag. 558 e seg. — Ved. infine per tutti gli Stati germanici, Lehr, *Droit civil germanique*, vol. I, n. 98 e seg. Oltre a queste legislazioni germaniche è degno di nota anche il *Revidirtes Recht* di Lubecca, II, 116, che accoglie disposizione analoga a quella del § 6 del Cod. civ. del Cantone di Zurigo. Ved. Stobbe, *Handbuch*, § 31, nota 8.

(3) L'*Entwurf ein. buergerl. Gesetzb. f. d. deutsche Reich.*, prima lettura 1888, non contiene nessuna norma di dir. internazionale privato: solo nei motivi in qualche punto si fa richiamo ai principii generali della nostra scienza (Vedi *Motiven*, vol. IV, pag. 310, 969, 1047). Pure si sapeva che una parte della Commissione era stata incaricata di elaborare le disposizioni generali relative alla efficacia della legge nello spazio (Ved. Muehlbrecht, *Die Literatur des Entwurfs*, ecc., pag. 5) ma i suoi lavori non erano conosciuti, quando il Meili, in appendice allo scritto *Geschichte und System des intern. Privatr.*, pag. 198 e seg. li pubblicò: sono 35 articoli tutti relativi al diritto internazionale privato, e molto importanti: fra questi i §§ 9 e 10 da noi riportati nei quali è evidente l'influenza della teoria del von Bar (ved. *op. cit.*, vol. I, §§ 117-128) e del Mommsen (*Wie ist in d. buergerl. Gesetzb.* ecc., in Archiv. f. civ. Praxis, vol. 61,

9. Il principio così è formulato nei Paesi Bassi dalla legge del 15 maggio 1829 riguardante le disposizioni generali della legislazione del Regno:

« Art. 10. La forme de tous les actes est réglée d'après les lois du pays ou du lieu où ils ont été faits ou passés » (1).

10. Così in Russia nell'aggiunta all'articolo 546 del Libro X dello Svod del 1883 (2), contenente le leggi civili è detto: « L'acte passé à l'étranger d'après les formes qui y sont en vigueur, encore qu'elles diffèrent des formes obligatoires en Russie, fait foi devant le tribunal si son authenticité n'est pas contestée ». Nell'aggiunta all'art. 405 relativamente agli atti fatti in Polonia, dove ha vigore il Cod. civ. francese: « La légalité des actes passés dans le royaume de Pologne est appréciée d'après les lois du lieu où ils ont été passés ».

Anche per le altre parti dell'impero russo troviamo disposizioni corrispondenti: il Diritto privato per la Livonia, Estonia e Curlandia del 1864 all'art. 36 reca (3): « In riguardo alla forma degli atti giuridici (tanto dei contratti che delle disposizioni d'ultima volontà), possono esser osservate così le disposizioni di quel distretto di giurisdizione in cui l'atto giuridico deve aver effetto, come le leggi del luogo nel quale è stato compiuto ».

11. Nel Cod. civ. serbo del 1844 manca una disposizione speciale che sancisca la regola: però secondo l'art. 46 di detto Cod. un serbo può contrarre delle obbligazioni all'estero sia con un serbo, sia con

---

pag. 149 e seg., specialmente § 4: « La forma da osservarsi nei negozi giuridici si regola secondo la legge del luogo dove i negozi sono stati conchiusi. È sufficiente tuttavia l'osservanza della forma richiesta dalla legge alla quale il negozio è principalmente sottoposto »). Pure uno dei più eminenti critici del progetto del Cod. civ. germanico, il Rocholl, propone di seguire il vecchio principio tradizionale: « § 2 *a*. La validità della forma di un negozio giuridico si regola secondo il diritto di quel luogo nel quale è conchiuso con eccezione del caso in cui il Cod. civ. faccia dipendere la validità dell'atto dall'osservanza di una forma determinata » (Rocholl, *Vorschläge zur Abänderung* ecc., pag. 5).

(1) Tripels, *Les Codes néerlandais*, pag. 57.

(2) *Code civil de l'empire de Russie*, pag. 178 e per la Polonia, pag. 135. Leuthold, *Russische Rechtskunde*, Absch. I, § 7, e Absch. III, § 17. Crediamo questi articoli ancora in vigore, essendochè la nuova collezione ufficiale delle leggi civili del 1887 non ha fatto che intercalare al testo primitivo dello Svod del 1833 poco numerose modificazioni relative principalmente alla proprietà delle opere dell'ingegno (Vedi Lehr, *Droit civil russe*, vol. II, pag. XII). Un'altra prova di ciò si può avere nell'ordinanza n° 130 del 1871, del Dipartimento civile di Cassazione che riconferma appunto il principio dell'art. 546 (Ved. Lehr, *op. cit.*, vol. II, n° 745, nota 3).

(3) Meili, *Die Kodification*, pag. 42 e seg., e Lehr, *op. cit.*, vol. I, pag. 8.

uno straniero: oppure due stranieri possono contrattare all'estero e far giudicare, più tardi, le loro contestazioni in Serbia: per questi casi l'art. 46 ammette che le obbligazioni da contratti conclusi in tali condizioni possono essere giudicati secondo la legge straniera; ora a questo proposito scrive il Paulowitsch (1): « È evidente che l'art. 46 non parla che delle obbligazioni: non riguarda nè gli atti nè la loro forma esterna. Ma nessuno tuttavia fino ad ora non ha messo in dubbio che l'articolo 46 non debba applicarsi non solo a' contratti o obbligazioni ma anche agli atti — quanto alla loro forma esterna — se sono fatti o rogati nelle forme richieste dalla legge del paese dove sono fatti. D'altronde il Cod. proc. civile del 1865 è molto più formale e categorico aquesto riguardo; nell'art. 187 dice: « Gli atti sono pubblici (autentici) o privati. Sono autentici..... gli atti di autorità straniere fatti nelle forme richieste dalla legge e verificati (legalizzati) al Ministero degli affari esteri in Serbia » (2).

12. In Rumania invece la regola *l. r. a.* è consacrata legislativamente dall'art. 2 del Cod. civ. rumeno del 1864 (3): « La forma esteriore degli atti è sottomessa alle leggi del paese sul territorio del quale l'atto è stato fatto ».

13. La Conferenza per stabilire delle regole comuni e uniformi di diritto internazionale privato, tenuta all'Aja dal 12 al 27 settembre 1893 fra i rappresentanti della maggior parte degli Stati di cui abbiamo or ora esaminata la legislazione (erano rappresentati: Austria-Ungheria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Rumania, Russia, Spagna, Svizzera) si occupò pure della forma degli atti e adottò la regola seguente: « La forme des actes est réglée par la loi du lieu où ils sont faits ou passés. Néanmoins, les actes sous seing privé peuvent être faits dans les formes admises par les lois nationales identiques de toutes les parties. Lorsque la loi qui régit une disposition exige,

---

(1) Paulowitsch, *De la cond. jurid. des étrang. en Serbie, J. D. I. P.*, 1884, pag. 150 e 144.

(2) Il Paulowitsch aggiunge che l'art. 187 parla solo di atti fatti da *autorità straniere* e non anche da notai perchè l'istituzione dei notai è in Serbia sconosciuta: alcuni atti si fanno davanti all'autorità di polizia: altri davanti ai parroci e davanti al giudice degli affari non contenziosi istituito al tribunale di prima istanza: però col nome d'*autorità* straniere si intendono anche i notai.

(3) Petroni, *De l'exécut. des actes et jugem. étrang. en Roumanie, J. D. I. P.*, 1879, pag. 355; Stern, *Codicele civil anotat*, titlu preliminar.

comme condition substantielle, que l'acte ait une forme solennelle, les parties ne peuvent se servir d'une autre forme ». Ma questo articolo non fu inserito nel protocollo finale: la Conferenza lo applicò invece nell'art. 4 delle disposizioni concernenti il matrimonio e nell'articolo 3 di quelle riguardanti le successioni (1).

14. Nell'America del Nord l'unico fra gli Stati federali, a quanto sappiamo, che abbia sancito con un articolo di legge la regola, è stato la Luigiana. L'art. 10 del Cod. civ. luigiano reca (2): « La forma e l'effetto degli atti pubblici e privati si regolano secondo le leggi e gli usi del paese nel quale questi atti sono fatti o rogati ».

15. Il Cod. civ. poi del Basso-Canadà in vigore dal 1° agosto 1866 reca (3): « Les actes faits ou passés hors du Bas-Canada sont valables, si on y a suivi les formalités requises par les lois du lieu où ils sont faits ou passés ».

16. Invece parecchi fra gli Stati dell'America del Sud l'hanno accolta nei loro Codici: così la Repubblica Argentina nel Cod. civile del 1869 modificato dalla legge del 9 settembre 1882:

« Art. 12 (4): Le forme e solennità dei contratti e di ogni istrumento pubblico sono rette dalla legge del paese nel quale sono stati rogati ». Però (art. 14) « le leggi straniere non saranno applicabili..... quando le leggi di questo Codice in conflitto con le leggi straniere fossero più favorevoli alla validità degli atti ».

17. Identiche disposizioni reca il Cod. civ. del Paraguay (5).

18. Secondo il Cod. civ. del Messico del 1871: « Rispetto alla forma e solennità esterne dei contratti, testamenti e di ogni pubblico istrumento avranno vigore le leggi del paese nel quale sono stati fatti. Nonostante i Messicani e gli stranieri residenti fuori dello Stato potranno pure liberamente assoggettarsi alle forme e solennità pre-

---

(1) Ved. ASSER, *La codification du droit international privé*, *R. D. I.*, 1893, pag. 530-31.

(2) FOELIX, *op. cit.*, vol. I, n° 85, e MAGNE, *Revue de la jurisprud. de la Louisiane*, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 41.

(3) LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *Le Cod. civ. du Bas-Canada annoté*, tit. prél., art. 7.

(4) *Cód. civ. de la Rep. Argentina sancionado el* 29 *de sept. de* 1869 *y corregido por ley de* 9 *de sept. de* 1882. In *Códigos y Leyes usuales de la Rep. Argentina*, vol. I.

(5) Lo deduco da un discorso tenuto da Don Manuel Quintana rappresentante dell'Argentina al Congresso Sud-Americano di diritto internazionale privato di Montevideo del 1888-89. Ved. *Actas de las sesiones del Congreso Sud-Americano de der. internac. priv.*, pag. 413 e seg.

scritte dalla legge messicana nei casi nei quali l'atto debba avere esecuzione nel Messico » (1).

19. Perfettamente identica disposizione reca il Cod. civ. della Repubblica di Guatemala del 1877 (2).

20. L'art. 17 del Cod. civ. del Chilì del 1855 così stabilisce (3): « La forma degli istrumenti pubblici si determina secondo la legge del luogo nel quale sono stati rogati. La forma si riferisce alle solennità esterne e la autenticità al fatto d'esser stati realmente rogati e autenticati dalla persona e nel modo espressi in tali istrumenti ».

E l'art. 18: « Nei casi nei quali le leggi chilene esigessero un istrumento pubblico per le prove che debbono esser rese e produrre effetto in Chilì non saranno valide le scritture private qualunque sia la forza di queste nel paese in cui sono state rogate ».

21. L'art. 6 del Cod. civ. dell'Uruguay (4) è formato del primo alinea dell'art. 17 e dell'art. 18 Cod. civ. chileno.

22. E il Cod. civ. degli Stati Uniti di Columbia del 1873 (5) riproduce completamente agli art. 21 e 22 gli art. 17 e 18 del chileno.

23. I quali son pure riprodotti dal Cod. civ. di San Salvador (6).

24. Anche gli altri Stati dell'America spagnuola ammettono la regola *l. r. a.*: sebbene non ci sia stato possibile vedere le legislazioni civili di tutti, lo induciamo facilmente da due fatti:

1° Dal fatto che nel progetto di una convenzione di diritto internazionale privato fra il Perù, l'Argentina, il Chilì, la Bolivia, la Repubblica dell'Equatore, la Venezuela, Costarica e Lima del 9 novembre 1878 fu accolta la disposizione seguente: Tit. I, art. 5. « Le forme e le solennità esterne dei contratti o di qualunque altro atto giuridico si regolano secondo le leggi del luogo della conclusione » (7);

2° Dagli atti della conferenza tenuta per lo stesso scopo a Montevideo dal 25 agosto 1888 al 18 febbraio 1889 fra l'Argentina, la Bolivia, il Brasile, il Chilì, il Paraguay, il Perù e l'Uruguay. Sebbene il progetto di convenzione non contenga una norma generale quale quella del-

---

(1) *Cód. civ. del distrito de México, territorio de la Baja California y de Puebla*, art. 10.

(2) *Cód. civ. de la República de Guatemala*, art. 13.

(3) De Azcarate, *Cód. civ. de la Rep. de Chile.*

(4) *Cód. civ. de la Rep. oriental del Uruguay.*

(5) *Cód. civ. nacional espedido por el Congreso de los Estados Unidos de Colombia en sus sesiones de* 1873.

(6) Come sopra a nota 5 pag. anteced.

(7) Meili, *Die Kodifikation*, ecc., pag. 91 e seg.

l'art. 5 della convenzione del 1878, pure dalla discussione, specialmente dell'art. 30 del progetto, chiaro risulta che la regola *l. r. a.* è accolta in tutte le legislazioni americane del Sud (1).

25. Finalmente la regola nostra è stata ultimamente accolta anche nelle legislazioni di uno Stato africano, il Congo e d'uno asiatico, il Giappone. Nel Congo il decreto sugli stranieri 20 febbraio 1891 reca: « art. 4. Les actes de dernière volonté sont régis, quant à leur forme, par la loi du lieu où ils sont faits..... ». « Toutefois l'étranger faisant un acte de dernière volonté dans l'État Indépendant du Congo a la faculté de suivre les formes prévues par sa loi nationale ».

« Art. 5. La forme des actes entre vifs est régie par la loi du lieu où sont faits. Néanmoins les actes sous seing privé peuvent être passés dans les formes également admises par les lois nationales de toutes les parties » (2).

26. E in Giappone nella legge per l'applicazione generale del diritto facente parte del Cod. civ. promulgato il VI giorno del X mese del XXIII anno di Mediji (1890) si trovano le disposizioni seguenti: « art. 9. Le forme dei documenti autentici e dei documenti per scrittura privata sono regolate dalla legge del paese dove sono stati fatti. Però i documenti per scrittura privata che sono fatti da una persona o da più persone appartenenti ad uno stesso paese possono essere fatti in conformità delle forme richieste dalla legge di questo paese cui essi appartengono ».

« Art. 10. Ugualmente i contratti o gli atti formali sono validi per quanto riguarda le loro forme, se le forme del paese dove furono fatti o rogati (*are made or done*) sono state osservate. Il caso, tuttavia, in cui la legge giapponese sia stata intenzionalmente trasgredita, è eccettuato ».

---

(1) Ibidem, pag. 103 e seg. e *Actas cit.* Nel progetto presentato dalla minoranza dei membri del Congresso si trovava l'art. 22: « Gli Stati firmatari del presente trattato accettano il principio *l. r. a.* tanto rispetto alla forma ed alle solennità esterne come ecc. » (*Actas*, pag. 128). Nella discussione poi (Ibidem, pag. 408-415, 434-438, 484-496) la maggioranza si mostrò sfavorevole all'accoglimento di una norma così generale, preferendo determinare per ogni singolo istituto giuridico quale debba essere la legge regolante la forma: vedi art. 11, 16, 32, 33, 44 della Convenzione sui quali dovremo ritornare nella parte speciale.

(2) Descamps, *Notice, A. L. E.*, 1891, pag. 872.

PARTE SPECIALE

LE APPLICAZIONI DELLA REGOLA *LOCUS REGIT ACTUM* AI VARI NEGOZI GIURIDICI

CAPITOLO I.

Matrimonio.

1. Stati dove è valida una sola forma di matrimonio esclusivamente civile o esclusivamente religiosa. — 2. Stati dove sono valide diverse forme di matrimonio. — 3. Norme di diritto internazionale privato negli Stati a matrimonio civile. — 4. Interpretazione dell'articolo 100 Cod. civ. it. — 5. Matrimoni da stranieri conclusi negli Stati a matrimonio civile. — 6. Matrimoni da cittadini di questi Stati conclusi all'estero. — 7. Norme di diritto internazionale privato negli Stati a matrimonio religioso o a matrimonio religioso e civile sussidiario. — 8. Matrimoni di cittadini di questi Stati all'estero. — 9. Norme di diritto internazionale privato negli Stati a matrimonio civile o religioso o consensuale a scelta degli sposi. — 10. Il matrimonio celebrato all'estero secondo il diritto scozzese ed americano del Nord. — 11. Matrimoni di stranieri nei paesi d'Oriente e nei paesi barbari. — 12. Matrimoni celebrati all'estero *in fraudem legis*. — 13. Formalità antecedenti e susseguenti la celebrazione del matrimonio. — 14. Il valore obbligatorio della regola *l. r. a.* relativamente al matrimonio.

1. Per renderci esatto conto dei conflitti che possono sorgere relativamente alla forma del matrimonio è necessario studiare le differenze esistenti su questo punto fra le varie legislazioni. Ma non ci addentreremo per questo in un lungo e complesso esame di legislazione comparata (1): a noi basta soltanto conoscere quali siano le forme attualmente in vigore nei differenti Stati, i quali sotto questo punto di vista possono essere distinti in due grandi categorie: la prima che comprende tutti quelli nei quali ad una sola ed esclusiva forma di celebrazione è riconosciuto valore legale e questa è obbligatoria per tutti gli sposi a qualunque confessione religiosa apparten-

(1) Che, del resto, è stato già fatto da altri con abbastanza diligenza: vedi GLASSON, *Le mariage civil et le divorce*, part. III; STOCQUART, *Le mariage en dr. intern.*, *R. D. I.*, 1887, pag. 580-608; DICEY-STOCQUART, *Le statut personnel anglais*, vol. II, n° 162 *ter*, pag. 14-56; VERGER, *Des mariages contractés en pays étrangers*, pag. 59-72; PIC, *Mariage et divorce*, pag. 27-48; CALVO, *op. cit.*, vol. II, § 749-806; LAWRENCE, *Commentaire*, vol. III, pag. 270-336; GARNIER, *Internat. Eheschliessungsr.*; GRUENWALD, *Die Eheschliessung.*; CATELLANI, *op. cit.*, vol. II, cap. V, n[i] 450 e seg.; FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschliessung.*, Buch. II.

gano; la seconda che comprende gli Stati dove, per una o per altra causa, due o più sono le forme di celebrazione con effetti giuridici.

Alla prima categoria appartengono gli Stati che seguendo l'esempio dato dalla Francia tolsero del tutto all'autorità ecclesiastica il diritto di celebrare validamente i matrimoni, avocandolo completamente allo Stato. Dopo che la Francia nella sua Costituzione del 3 settembre 1791, con la legge 20 settembre 1792 e posteriormente col Codice Napoleone (1) stabilì il matrimonio civile, l'esempio suo è stato successivamente seguìto (2) nell'isola Maurizio (allora Isola di Francia) dove il Cod. Napoleone è stato applicato il 1° brumaio, anno XIV, in Lussemburgo (3), in Olanda con decreto 7 marzo 1815 (4) (e scisso questo Stato nei due dei Paesi Bassi e del Belgio, nel primo continuò ad aver vigore e fu accolto nel Cod. civ. del 1838 (5), nel secondo il suo mantenimento è stato garantito dalla Costituzione del 1831) (6), nella repubblica d'Haïti il 25 marzo 1825 (7), in Rumania col Cod. civ. del 4 dicembre 1864 (8), in Italia col Cod. civ.

(1) Art. 63-77, 165, 166.

(2) Non tengo conto altro che di quegli Stati nei quali, una volta stabilito il matrimonio civile, questo perdurò fino a giorni nostri e vi è tuttora in vigore. Per il nostro studio è inutile parlare di quelle leggi che ebbero vigore solo temporaneamente e che oggi sono state abrogate.

(3) Amiaud, *Étude*, *B. S. L. C.*, 1883-84, pag. 528.

(4) Soltanto dal 7 marzo 1815 ebbe vigore ininterrottamente il matrimonio civile: col decreto di tale data e col posteriore del 10 gennaio 1817 si abrogò il decreto 21 ottobre 1814, che richiedeva per la celebrazione civile l'assenso del ministro ecclesiastico e sospendeva quindi l'applicazione pura e semplice del Cod. Napoleone. Vedi Gabba, *Studi di legislaz. civ. comp.*, pag. 212 e seg.

(5) Art. 13 e seg., 39-44 e seg.

(6) Art. 16 e 109.

(7) Verger, *Des mar. contr. en pays étrang.*, pag. 68.

(8) Art. 49-62. Non si deve essere indotti in errore a credere il contrario dall'antinomia esistente fra codesti articoli del Cod. del 1864 e l'art. 22 della posteriore Costituzione rumena del 30 giugno (12 luglio) 1866 che stabilisce: « Gli atti dello stato civile sono di competenza dell'autorità civile. La redazione di questi atti dovrà sempre precedere la benedizione religiosa, che sarà obbligatoria per i matrimoni, salvo i casi previsti da una legge speciale ». Ad onta di questo articolo, e checchè ne pensino alcuni giuristi (p. es. Glasson, *op. cit.*, pag. 306), il matrimonio in Rumania è esclusivamente civile: abbiamo anche due sentenze della Cassazione rumena del 9 dicembre 1879 e 15 giugno 1883 che lo riconoscono. L'art. 22 si deve interpretare solo nel senso che abbia stabilito solo in principio l'obbligo della benedizione, per il caso in cui una legge speciale sia fatta su questo punto: ma leggi speciali finora non furono fatte

del 1865 (1), in California col Cod. civ. del 1° marzo 1871 (2) (accettato poi dagli altri Stati, Messico, Veracruz e Puebla, nel primo dei quali la legge organica del 14 dicembre 1874 sulle riforme costituzionali espressamente stabilisce il matrimonio civile (3), così che questo ora è in vigore in tutti gli Stati Uniti messicani), nella Venezuela con legge 1° gennaio 1873 (4), in Svizzera con legge federale del 24 dicembre 1874 (5), in Germania con legge dell'impero 6 febbraio 1875 (6), in Guatemala col Cod. civ. del 1877 (7), nel principato di Monaco il 21 dicembre 1880 con la promulgazione della prima parte del Codice civile (8), nel Salvador con legge 23 febbraio 1882 (9) modificatrice del Cod. civ. del 10 novembre 1880, nell'Uruguay con legge del 22 maggio 1885 (10) modificatrice degli art. 87-101 del Cod. civ. del 1879, nell'Argentina con legge 1° aprile 1889 (11) modificatrice degli art. 167-184 del Cod. civ. del 1869-82 (12), al Brasile con legge 24 gennaio 1890 (13) e nello stesso anno al Giappone (14) col Cod. civ. promulgato il VI giorno, X mese, XXIII anno di Meiji, e infine fra

---

(v. Stocquart, *op. cit.*, pag. 598 e Dicey-Stocquart, *op. cit.*, vol. II, n° 162 *ter.*, 8): « Cette opinion (mi scrive da Braila il chiarissimo avv. Christodul Suliotis, al quale sono gratissimo delle informazioni in proposito ch'ebbe la cortesia di favorirmi) est la seule qui se trouve à peu près généralement adoptée chez nous, ce qui résulte des débats mêmes de la Constituante. Car M. N. Blaramberg, le défenseur de l'amendement qui forme l'art. 22 de la Constitution, dans sa réponse à M. C. Boeresco, a déclaré que le Code civil doit rester en vigueur, tant qu'une pareille loi ne sera pas faite: or jusqu'à présent il n'y en a pas. Donc il faut ne voir dans l'art. 22 qu'un *simple conseil* donné aux parties contractantes, mais nullement une condition essentielle à la validité du mariage ».

(1) Art. 70-81, 93-99.

(2) *Cód. civ. de México, territorio de la Baja California y de Puebla*, art. 48-74, 114-134.

(3) Sez. v, art. 2, *A. L. E.*, 1874, pag. 712-18.

(4) Gonse, *B. S. L. C.*, 1872-73, pag. 274.

(5) Art. 25-92; Pinguet, *Notice*, *A. L. E.*, 1875, pag. 714.

(6) Art. 41-55; Gonse, *Notice*, *A. L. E.*, 1875, pag. 215.

(7) *Cód. civ. de la Rep. de Guatemala*, art. 119-147.

(8) Amiaud, *Étude*, *B. S. L. C.*, 1883-84, pag. 531 e Daguin, *Notice*, *A. L. E.*, 1881, pag. 406.

(9) Amiaud, *Étude*, *B. S. L. C.*, 1883-84, pag. 550.

(10) Daireaux, *Notice*, *A. L. E.*, 1885, pag. 732.

(11) *Ley sobre el matrimonio civil*, art. 17, 25, 44-55.

(12) Il Cod. civile è del 29 sett. 1869 modificato con legge del 9 sett. 1882.

(13) D'Ourem, *Notice*, *A. L. E.*, 1890, pag. 924.

(14) Art. 43 e seg., *Book on the law of person.*

breve il matrimonio civile sarà pure probabilmente stabilito anche nel regno d'Ungheria.

Pure a questa categoria di Stati, ma in condizione assolutamente differente da quelli di cui abbiamo riferito la legislazione matrimoniale, appartengono gli Stati che serbarono al matrimonio la forma religiosa in modo tanto assoluto da non ammettere la validità di nessun connubio che non sia celebrato secondo i riti della Chiesa dominante. Così il Perù dove, secondo l'art. 156 del Cod., unica forma valida è quella stabilita dal Concilio di Trento: chi ad essa non si sottomette deve uscire dallo Stato per trovar autorità competente alla celebrazione (1). Forse nella stessa condizione si trova la Bolivia il cui Cod. del 18 novembre 1845, sebbene informato al francese, ha conservato al matrimonio il carattere esclusivamente religioso (2). Certo così è in Grecia dove la cura di procedere validamente al matrimonio è lasciata completamente al ministro della religione ortodossa: colà i matrimoni misti sono permessi, ma solo fra cristiani e sotto la rigorosa condizione, se uno dei congiunti è greco, che il matrimonio sia celebrato secondo il rito ortodosso; altrimenti sarà radicalmente nullo (3): così anche il Cod. civ. del 10 marzo 1841 per le Isole Ionie, art. 142: « Il matrimonio si celebra giusta le regole e colle solennità osservate dalla Chiesa ortodossa dominante » (4). Probabilmente nelle stesse condizioni, ma con assoluta ed esclusiva prevalenza invece della Chiesa cattolica si celebrano i matrimoni al Nicaragua, all'Equatore, alla Plata (5).

Finalmente pure a questa categoria di Stati che ammettono una sola ed esclusiva forma di matrimonio appartiene la China; certe cerimonie compiute dalle famiglie degli sposi senza la partecipazione di nessun ministro nè civile nè religioso, e lo scambio di documenti contenenti, oltre al nome degli sposi, qualche particolare relativo alla loro nascita bastano nel Celeste Impero a costituire un'unione puramente legale (6).

---

(1) Pradier-Fodéré, *De la cond. des étrang. au Pérou*, *J. D. I. P.*, 1879, pag. 47.

(2) Amiaud, *Étude*, *B. S. L. C.*, 1883-84, pag. 463.

(3) *A. I. D. I.*, 1885-86, anno VIII, pag. 78, nota del Saripolos; Stocquart, *op. cit.*, *R. D. I.*, 1887, pag. 600; Picard, *Célébrat. du mar. des Belges, etc.*, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 48.

(4) Catellani, *op. cit.*, cap. v, pag. 70, nota 1.

(5) Picard, *op. cit.*, pag. 49.

(6) Ibidem.

2. La seconda categoria di Stati, che comprende quelli dove per una od altra causa varie e numerose sono le forme di celebrazione del matrimonio con effetti legali, può suddistinguersi nelle quattro classi seguenti:

I. Stati che ammettono varie forme di celebrazione secondo i culti degli sposi, ma tutte religiose.

L'Ungheria, dove, finchè non venga, come è probabilissimo, introdotto il matrimonio civile, spetta ai sacerdoti rispettivi delle religioni degli sposi la competenza alla celebrazione (1). I matrimoni misti fra individui appartenenti alle varie confessioni cristiane sono validi, tanto se celebrati da un sacerdote cattolico, come da un pastore o da un pope: per gli ebrei è competente il rabbino (2).

La Serbia, dove la forma predominante è quella del rito ortodosso (3): ma i cristiani d'altre confessioni seguono il rito rispettivo. I matrimoni misti fra cristiani per esser validi dovrebbero, secondo il decreto 9 settembre 1853, esser fatti secondo il rituale della Chiesa ortodossa e l'atto di celebrazione esser iscritto sui registri dello stato civile della chiesa dove il matrimonio avvenne: però negli ultimi tempi andò assodandosi la consuetudine di celebrarli secondo i due riti rispettivi. Quanto ai matrimoni dei non cristiani, ebrei o mussulmani, la loro religione determina la forma di celebrazione (4).

Il Chilì, dove i cattolici lo celebrano con le solennità della Chiesa cattolica (5) e gli acattolici in genere presentandosi davanti al competente sacerdote cattolico e a due testimoni e dichiarando di riconoscersi come marito e moglie: per i cattolici insomma la forma tridentina, per gli altri la forma antitridentina (6).

La Turchia e i suoi Stati vassalli dove l'art. 23 della legge sullo stato civile dell'anno 1298 dell'Egira (1881) detta *Nefuz-Nizamnamessi* riconosce lo stato di fatto già preesistente, ammettendo il diritto

---

(1) Gruenwald, *Die Eheschliessung.*, pag. 56; Vesque v. Puetlingen, *Handbuch*, § 62; Jettel, *Handbuch*, § 13.

(2) Articolo XXVI, § 15 della legge del 1791; Articolo LIII, § II della legge 25 maggio 1868.

(3) Art. 60 del Cod. civ. del 1844. Ved. anche art. 69 e 79.

(4) Paulovitsch, *De la cond. jurid. des étrang. en Serbie, J. D. I. P.*, 1884, pag. 18.

(5) Art. 117 del Cod. civ. del 1° gennaio 1857.

(6) Art. 118. Ved. anche Fabrés, *Le dr. intern. pr. dans la législ. du Chili, J. D. I. P.*, 1887, pag. 140.

dei sacerdoti cattolici, protestanti, ortodossi, ecc., e dei rabbini, di celebrare validamente il matrimonio fra i loro fedeli, facendone entro otto giorni dichiarazione al direttore dello stato civile. Pei mussulmani, naturalmente, la forma è quella prescritta dalle loro costumanze religiose (1).

Il Dominio del Canadà, dove l'art. 128 del Cod. civ. del 1° agosto 1866 stabilisce dover essere il matrimonio celebrato pubblicamente davanti ad un funzionario competente riconosciuto dalla legge e l'articolo successivo dichiara essere competente a celebrare matrimoni ogni prete, curato, ministro od altro funzionario autorizzato dalla legge a tenere i registri dello stato civile: si potrebbe forse credere che con le parole « altro funzionario » si volesse intendere anche un ufficiale civile; ma la giurisprudenza canadense decise: « Il nostro diritto non ha stabilito il matrimonio civile, ma dà effetti civili ai matrimoni religiosi validamente celebrati dai curati e dai ministri regolarmente ordinati conforme al rito delle loro Chiese rispettive e autorizzati a tenere i registri dello stato civile » (2).

II. Stati dove insieme e accanto a varie forme religiose esiste il matrimonio civile per certe classi di persone.

In tale categoria si trova il Portogallo di cui il Cod. civ. del 1867 stabilisce per i cattolici la forma della Chiesa cattolica (3), per i non cattolici il matrimonio civile (4). Questa ultima disposizione però rimase lettera morta finchè non furono promulgate le due leggi 28 novembre 1878 sul modo di tenere i registri dello stato civile e 26 dicembre 1878 sul modo di concessione delle dispense relative al matrimonio (5).

In quasi identica condizione si trova ora la Spagna. L'articolo 42 del Codice del 1889 riconosce due forme di matrimonio: il canonico, che devono contrarre tutti quelli che professano la religione cattolica e il civile (6), che si celebra davanti al giudice municipale, per gli acattolici. È da notarsi però che al matrimonio canonico deve esser presente il giudice municipale od altro funzionario dello Stato « al

---

(1) Salem, *Du mar. des étrang. en Turquie*, *J. D. I. P.*, 1889, pag. 27.

(2) Laramée c. Evans, 24, *Lower Canada Jurist.* 235 in Lefebvre de Bellefeuille, *Cod. Civ. du Bas-Canada*, art. 129, nota 3.

(3) Art. 1057, 1069-71.

(4) Art. 1072-82. Ved. Glasson. *op. cit.*, pag. 301.

(5) Midosi, *Notice*, *A. L. E.*, 1878, pag. 386.

(6) Art. 86-100.

solo scopo di assicurare la sua iscrizione immediata nei registri dello stato civile » (1) e che è pure ammesso il matrimonio secreto celebrato davanti alla Chiesa, non soggetto a nessuna formalità del diritto civile, ma che non produce effetti civili che dopo la sua pubblicazione mediante l'iscrizione sul registro civile (2).

Così anche in Austria: per i cristiani la solenne dichiarazione del consenso deve essere prestata davanti al ministro della confessione religiosa degli sposi (3); per gli ebrei davanti al rabbino o al maestro di religione (4); per gli appartenenti ad uno dei culti non riconosciuti dallo Stato e per quegli sposi cattolici che avessero ricevuto dal sacerdote il rifiuto di ricevere la dichiarazione del consenso per una causa d'impedimento non ammessa dalle leggi dello Stato, davanti all'autorità civile del distretto o, nei luoghi retti da statuti municipali, davanti a un funzionario comunale (5). Il matrimonio civile è ammesso quindi solo sussidiariamente, per necessità.

In Norvegia la forma del matrimonio è religiosa per quelli che appartengono alla religione dello Stato; secondo il Cod. del 1687 tuttora, per questa parte, in vigore, è celebrato dal ministro della Chiesa luterana nel comune di domicilio della sposa. La legge 16 luglio 1815 (6) ha introdotto il matrimonio civile per i dissidenti, contratto davanti a notaio: disposizione che il 22 luglio 1863 è stata estesa ai matrimoni fra ebrei e cristiani, già autorizzati fino dal 27 settembre 1851 (7).

In Svezia il Cod. ecclesiastico del 1686, ancora in vigore, prescrive la benedizione religiosa in modo positivo come condizione necessaria del matrimonio legale. Secondo la riforma legislativa del 1734 il matrimonio è informato più ai concetti del diritto civile che dell'ecclesiastico: non è riconosciuto il matrimonio civile secondo l'idea moderna di questo atto, ma « mai è venuto in mente al legislatore svedese di vedere un sacramento nel matrimonio ». Per facilitare poi le unioni fra cristiani e israeliti la legge del 20 gennaio 1863 introduceva il

(1) Art. 77-78.

(2) Art. 79. Ved. Lehr, *Dr. civ. espagnol*, vol. II, n° 53 (81-82), 59 (88) e Glasson, *op. cit.*, pag. 295 e seg.

(3) *Allg. buergerl. Gesetzb.*, § 73.

(4) Ibidem, § 127.

(5) Legge 25 maggio 1868, n° 47, art. II e Legge 9 aprile 1870, n° 51, § 1. Vedi Glasson, *op. cit.*, pag. 399 e seg.; Lehr, *Dr. civ. germanique*, vol. II, n° 1154.

(6) Il Glasson (*op. cit.*, 451) dice invece essere la legge del 16 luglio 1845.

(7) Friedberg, *op. cit.*, pag. 647-51; Lawrence, *op. cit.*, vol. III, pag. 320.

matrimonio civile ed altre due leggi posteriori del 30 ottobre 1873 e del 15 ottobre 1880 lo estesero ad altri casi, così che oggi il matrimonio, a scelta degli sposi, può essere celebrato davanti all'autorità civile o davanti a un ecclesiastico autorizzato, nei seguenti casi: quando i due contraenti appartengono a confessioni non luterane differenti (per es. cattolica e riformata) che abbiano un clero autorizzato dal governo a celebrare religiosamente il matrimonio; quando uno solo degli sposi è membro d'una tale confessione (per es. cattolica e battista); quando uno dei contraenti appartiene alla Chiesa luterana svedese e l'altro ad altra confessione cristiana. Invece il matrimonio sarà sempre ed esclusivamente civile e celebrato davanti all'autorità municipale nelle città, all'ufficiale di distretto (Kronofogde) nelle campagne, quando nè l'uno nè l'altro degli sposi appartiene alla Chiesa svedese o ad una delle confessioni straniere menzionate (1); quando uno è cristiano e l'altro israelita (2); quando uno dei contraenti non è stato battezzato o non ha partecipato al sacramento della Santa Cena nella Chiesa svedese, ma non appartiene neppure ad una confessione straniera (3).

In Russia, per quanto riguarda i seguaci della Chiesa nazionale la celebrazione del matrimonio è affidata completamente al clero. I cristiani appartenenti ad altre confessioni differenti dalla ortodossa hanno diritto di contrarre matrimonio secondo i riti della Chiesa cui appartengono davanti ad un ministro di questa; in sua mancanza potrà pure esser validamente celebrato da un pope, il quale però segue il cerimoniale della Chiesa greco-russa. Però nella Polonia russa e nei governi di Vilna, Vitebsk, Volynia, Grodno, Kief, Kovno, Minsk, Maghilef e Podolia che comprendono l'antica Lituania ed una parte della Piccola Russia, i matrimoni misti, quando nessuno degli sposi appartiene alla Chiesa russa, sono celebrati dal ministro del culto della sposa, salvo il ricorso a quello dello sposo se l'altro, essendo prete cattolico, rifiuta la celebrazione.

Se poi uno degli sposi appartiene alla Chiesa nazionale, il matrimonio sarà celebrato da un pope secondo il proprio rituale. Solo

---

(1) Tutte le disposizioni precedenti si trovano nella legge 31 ottobre 1873.

(2) Legge 20 gennaio 1863.

(3) Legge 15 ottobre 1880. D'Olivecrona, *Le mar. des étrang. en Suède, etc.*, *J. D. I. P.*, 1883, pag. 345-50 e *Aperçu retrospectif, etc.*, *R. D. I.*, 1887, pag. 58; Maurer, *Recensione sul* Winroth, *Familjerätt*, *Z. I. P. R.*, vol. II, pag. 333.

in Finlandia (1), tali matrimoni si celebrano in ambedue le chiese dei rispettivi culti.

I matrimoni degli ebrei, dei maomettani ed in genere dei non cristiani sudditi russi si celebrano secondo le loro leggi o cerimonie religiose particolari senza nessun intervento, nè della Chiesa russa, nè dell'autorità civile. Finalmente in Russia vige anche il matrimonio civile ma solo per quelle sette dissidenti (*raskolnitsch*) originate dal Concilio del 1656: una legge dell'impero del 9 aprile 1874 accorda loro i diritti civili ed ammette per essi il matrimonio civile, che viene celebrato davanti al capo di polizia del circondario nella città, davanti al più vecchio del comune (*volost*) nelle campagne (2).

III. Stati che ammettono varie forme di celebrazione lasciando libertà ai contraenti di sceglierne una o l'altra.

La Danimarca, dove una legge del 13 agosto 1851 concede agli sposi l'opzione fra la forma religiosa e la civile: secondo il § 1: « quando un uomo ed una donna che non appartengono nè alla Chiesa nazionale, nè a qualche altra società religiosa riconosciuta dallo Stato ed avente dei ministri autorizzati a celebrare i matrimoni, desiderano contrarre matrimonio, questo può esser celebrato con piena validità davanti all'autorità civile e senza consacrazione religiosa. § 2. Il matrimonio può esser concluso nello stesso modo anche fra persone appartenenti ad una denominazione religiosa riconosciuta dallo Stato » (3).

In Inghilterra tre sono le forme del matrimonio: davanti alla Chiesa anglicana e retti dal rituale di questa Chiesa e celebrati secondo la liturgia stabilita dal *Book of Common Prayer:* devono essere preceduti da pubblicazioni o dalla ottenuta concessione di una licenza e celebrati nelle ore canoniche dalle otto del mattino a mezzogiorno. Le licenze sono di due specie: quelle rare e carissime rilasciate dall'arcivescovo di Cantorbery che permettono di celebrare il matrimonio in qualunque luogo ed in qualunque ora: quelle ordinarie rilasciate dal ministro che deve celebrare il matrimonio dietro

(1) Ho notizia di una legge 11 novembre 1889 per la Finlandia sulle confessioni religiose protestanti non ortodosse, la quale regola la forma dei matrimoni: ma non ne conosco le disposizioni. Ved. Dareste, *Notice, A. L. E.*, 1889, pag. 816.

(2) Glasson, *op. cit.*, pag. 411; Lehr, *Dr. civ. russe*, pag. 18-36; Leuthold, *Russ. Rechtskunde*, pag. 59-66; Kapnist, *Notice, A. L. E.*, 1874, pag. 656 e seg.

(3) Friedberg, *op. cit.*, pag. 647 e seg.

giuramento che una delle parti ha quindici giorni di residenza nella parrocchia, che non esistono impedimenti e che è stato prestato il consenso dall'ascendente o dal tutore, se una parte è minore. Per chi non vuol indirizzarsi alla Chiesa anglicana, l'*act*, che John Russel fece adottare nel 1836 (1), ha stabilito un modo differente di celebrazione: furono istituiti i *registrars*, ufficiali pubblici preposti alla constatazione del matrimonio. Le parti, ottenuto da questi un certificato delle fatte pubblicazioni o una licenza, sono libere di contrarre l'unione nell'ufficio stesso del *registrar* o in un edificio registrato, posto nell'interno del distretto; nel primo caso abbiamo un vero matrimonio civile che consiste nel solenne scambio dei consensi fatto davanti al *registrar superintendent* ed a due testimoni; nel secondo il matrimonio vien celebrato religiosamente in un edificio registrato che è sempre un luogo di culto di una delle Chiese dissidenti, secondo la liturgia di questa, ma con la presenza di un *registrar subordinate* e di due testimoni e con lo scambio pure del consenso. Gli edifici registrati devono esser luoghi di culto religioso e l'*enregistrement* si ottiene dietro domanda del proprietario o amministratore e di venti *householders* dichiaranti che quel luogo loro serve ad uso di culto pubblico da più di un anno. Così che i cattolici e tutti i non conformisti non possono celebrare religiosamente il matrimonio se non in presenza del *registrar*. Gli ebrei e i quacqueri non hanno bisogno nè di far registrare i loro edifici destinati al culto, nè della presenza del *registrar:* basta che da questo ottengano il certificato delle pubblicazioni o una licenza: speciali ufficiali designati dai comitati centrali di codeste comunità religiose assistono ai matrimoni (2).

La legislazione inglese ha vigore anche nell'isola di Cipro (3)

Per molte parti simile è la legislazione dell'Irlanda: il matrimonio davanti alla Chiesa anglicana è valido e retto da norme quasi identiche alle inglesi: per gli ebrei e quacqueri pure regole eguali alle inglesi sono in vigore: ma con un *act* del 1844 ed uno del 1863, la situazione della Chiesa presbiteriana è stata assimilata a quella della anglicana: se uno degli sposi è presbiteriano il matrimonio

---

(1) St. 6 e 7, William IV, c. 85.

(2) Gonse, *Étude sur la législ. relat. au mar. en Angleterre, B. S. L. C.*, 1874-75, pag. 84 e seg.; Lehr, *Dr. civ. anglais*, pag. 50 e seg.; Glasson, *op. cit.*, pag. 308 e seg.; Inhuelsen, *Zur Frage, ecc., Z. I. P. R.*, vol. III, pag. 366.

(3) Art. 37 dell'ordinanza di sir Garnet Wolseley del 21 dicembre 1878 in Saripolos, *La lég. angl. dans l'île de Cypre, R. D. I.*, 1880, pag. 404.

può esser celebrato nel suo tempio da un ministro della sua confessione senza la presenza dell'ufficiale civile: basta che il luogo di celebrazione sia registrato. L'*act* del 1844 introdusse pure il *registrar* e il matrimonio civile: a scelta delle parti, queste possono, come in Inghilterra, o stringere validamente il vincolo matrimoniale davanti al *registrar* o farsi da questo rilasciare un certificato e senza il suo intervento stringerlo religiosamente nell'edificio registrato. Queste disposizioni non si applicano ai cattolici: per essi la *common law* restò in vigore: non hanno bisogno nè di far registrare l'edificio destinato al culto, nè di ottenere il certificato: non si esige nessuna pubblicità: il consenso e la presenza del prete cattolico bastano a dare all'unione tutti gli effetti legali. È infine da notarsi che i matrimoni fra cattolici e protestanti, se celebrati davanti a un sacerdote cattolico, sono nulli, e così pure quelli fra un dissidente e un membro della Chiesa anglicana se celebrati da un ministro d'una confessione dissidente (1).

Nell'Impero indiano secondo la legge del 23 febbraio 1865 sono valide quattro forme di matrimonio: 1° Davanti ad ogni sacerdote che sia stato debitamente ordinato purchè il matrimonio si celebri secondo il rito della Chiesa cui appartiene il sacerdote; 2° Davanti ad ogni sacerdote della Chiesa scozzese, purchè la celebrazione corrisponda alle costumanze della Chiesa stessa; 3° Davanti al *registrar* conformemente allo St. 14 e 15 Victoria, c. 40; 4° Davanti ad ogni sacerdote autorizzato a celebrare matrimonio da speciali disposizioni di legge (2). Però secondo una legge del 6 febbraio 1891 il governatore locale potrà accordare o rifiutare ai ministri della religione il diritto di procedere legalmente alla celebrazione dei matrimoni: il semplice esercizio delle funzioni ecclesiastiche non basta per attribuire competenza neppure ad un ministro della Chiesa anglicana: un'autorizzazione dell'autorità pubblica, sempre revocabile, gli è necessaria (3).

Anche in Australia, nella Tasmania, secondo una serie di statuti del Parlamento locale informati ai principii della legislazione inglese (4), i matrimoni sono celebrati a scelta degli sposi dai

(1) Gonse, *op. cit.*, pag. 87 e seg. e autori citati in nota antecedente.

(2) Garnier, *op. cit.*, pag. 109.

(3) Chevreux, *Notice, A. L. E.*, 1891, pag. 1005.

(4) Che, del resto, con una legge del Parlamento inglese del 1828, conosciuta sotto il nome di Huskisson Act (St. 9, Georg IV, c. 83) erano stati estesi alle

ministri dei culti in vigore nella colonia o davanti all'ufficiale dello stato civile, rimanendo puramente facoltativo l'intervento del ministro del culto (1).

Nelle medesime condizioni di libera scelta fra la forma civile e la religiosa crediamo si trovino i contraenti nella Columbia e nella repubblica di Costa-Rica; e invero nel primo di questi Stati, sebbene il Cod. civ. del 1873 stabilisca agli art. 126 e 135 il matrimonio civile esclusivo, una legge posteriore del 24 agosto 1887 dice che i matrimoni celebrati in qualunque tempo nella repubblica conformemente al rito cattolico si reputeranno legittimi e sortiranno gli effetti civili e politici che la legge attribuisce al matrimonio (2); e a Costa-Rica il Cod. civ. del 1886 stabilisce il matrimonio civile, ma riconosce effetti civili al religioso cattolico se inscritto sui registri dello stato civile (3).

IV. Stati che oltre ad ammettere differenti forme di celebrazione lasciando alle parti libera scelta fra l'una e l'altra, riconoscono validi i matrimoni contratti col solo consenso degli sposi.

La Scozia. I principii dell'antico diritto canonico anteriori al Concilio di Trento costituiscono ancora il principale elemento del diritto civile scozzese, la *common law*, per quanto riguarda il matrimonio. Anche per i cattolici, non essendo stato pubblicato il Concilio di Trento, la stessa dottrina è in vigore. Secondo questa *common law* il matrimonio si costituisce col solo consenso delle parti. Nessuna forma particolare, nessuna condizione di vita comune, nessun atto civile, nessuna presenza di testimoni sono richiesti. Il consenso dei genitori non è necessario. Tuttavia i matrimoni contratti senza nessuna forma religiosa sono veduti sfavorevolmente: si chiamano *irregular*.

I matrimoni *regular* sono quelli che son celebrati dal ministro di un culto. Devono esser preceduti da pubblicazioni che hanno luogo

---

colonie della Nuova Galles del Sud e della Tasmania, allora Terra di Van Diemen. Nella Nuova Galles del Sud, poi, chiunque sia eletto ministro da una congregazione di venti persone, può celebrare validamente matrimoni. Ved. CATELLANI, *op. cit.*, cap. v, n° 458, nota 2.

(1) FROMAGEOT, *Notice, A. L. E.*, 1891, pag. 1009.

(2) Il concedere libera scelta alle parti di seguire l'una e l'altra forma, sembrami risultare abbastanza chiaramente dal confrontare il Cod., specie gli articoli 113-139, con l'articolo 50 della legge del 1887 (*Diario oficial*, n[i] 7151-52, anno XXIII). Vedi anche gli articoli 38, 39, 53, 54, 55 della Costituzione del 4 agosto 1886 in DAGUIN, *Analyse, A. L. E.*, 1886, pag. 882.

(3) MALUQUER, *Notice, A. L. E.*, 1885, pag. 675, e 1886, pag. 869.

per tre domeniche successive, o tre volte nella stessa domenica nell'edificio consacrato al culto della Chiesa stabilita. Queste pubblicazioni sono fatte dietro attestato deposto dai fidanzati affermante che risiedono da sei settimane nella parrocchia e che non sono nè maritati nè parenti in grado proibito. Due *householders* e un *elder* della parrocchia firmano l'attestato.

Fatte le pubblicazioni nella Chiesa presbiteriana ufficiale, il matrimonio può esser celebrato dovunque, in qualsiasi momento e, dopo l'*act* del 1834 di Guglielmo IV, dal ministro di qualunque culto.

Un *act* del 1854 applicò alla Scozia il sistema dei *registrars;* ma solo per tenere i registri dello stato civile; essi non possono celebrare i matrimoni e non assistono alla cerimonia religiosa altro che se ne sono richiesti.

Dopo l'*act* del 1834 i matrimoni irregolari caddero in dessuetudine nella Scozia: tuttavia se ne contrae ancora un certo numero. Oltre ai matrimoni celebrati religiosamente senza preventiva pubblicità, sono matrimoni irregolari quelli *per verba de praesenti, per verba de futuro copula subsequente* e *by habit and repute.* Per vero dire il modo di prova soltanto e non l'elemento costitutivo serve di base a questa distinzione.

Il tipo del matrimonio irregolare è quello *per verba de praesenti:* è l'unione formata dal reciproco consenso tanto se il consenso è prestato davanti ad un magistrato o ad un testimonio quanto fra le sole parti.

Il matrimonio irregolare *per verba de futuro, copula subsequente* si fonda su di una presunzione di consenso. Quando in seguito ad una promessa di matrimonio una relazione si stabilisce, si presume che la donna non vi abbia acconsentito che dopo aver ottenuto di essere formalmente accettata come sposa. Bisogna che la promessa risulti da uno scritto: può esser egualmente provata per giuramento deferito purchè non vi sia stato un altro matrimonio susseguente. Si presume il consenso anche quando le parti ignoravano la legge e non dovevano contrarre così un matrimonio.

Quanto al matrimonio impropriamente detto *by habit and repute* non è in realtà un matrimonio, ma piuttosto un modo particolare di prova fondato sul possesso di stato. La vita comune accompagnata da circostanze esteriori, che sono generalmente accessorie d'una unione legittima, è reputata far prova d'un matrimonio anteriore. In tali casi evidentemente v'è tutta una categoria d'unioni d'una

natura indecisa e difficile a precisare. In pratica può accadere che una situazione illegittima all'origine arrivi col tempo ad acquistare tutt'altro carattere. È a proposito di tali matrimoni *by habit and repute* che si potè dire come in Scozia un uomo spesso non sappia se è sposato o no.

Tutti questi matrimoni irregolari possono ottenere una constatazione regolare. Secondo l'*act* del 1856 possono esser registrati direttamente nei tre mesi dalla loro data dietro un *warrant* dello sceriffo diretto al *registrar*. Possono pure esser registrati, come stabilisce un *act* del 1854, quando risultano o da una *conviction* di matrimonio clandestino davanti al giudice di pace, o da un *declarator of marriage* reso dalla Corte suprema (1).

Molto simile al diritto scozzese è la *common law* degli Stati Uniti dell'America rispetto al matrimonio. L'autonomia legislativa di cui godono gli Stati federati porta fra l'uno e l'altro sensibili differenze circa al modo di celebrazione: ma principii comuni informano tutte le legislazioni. Per costituire un matrimonio regolare, una dispensa delle pubblicazioni rilasciata dal *judge of probate* o da altra autorità è necessaria in alcuni Stati (Alabama, Connecticut, Florida, Georgia, Jowa, Kentucky, Luigiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Missurì, Mississipì, Carolina del Nord e del Sud, Nebraska, Ohio, Tennessee, Texas e due Virginie); le pubblicazioni in chiesa sono richieste nell'Illinois, sono prescritte alternativamente colla dispensa nel Kentuchy e nell'Ohio; nel Nuovo Hampshire e nel Vermont si richiedono tre pubblicazioni in chiesa o nelle riunioni municipali (*town meeting*) e nessuna formalità antecedente è richiesta in molti altri Stati (Arkansas, California, Delaware, Indiana, Kansas, Minnesota, Nuova Jersey, Nuova York, Nevada, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Wisconsin e nei sei territori federali) (2).

---

(1) De Thoren c. Attorney general; *Law Reports*, 1, H. L. 682. Non riferisco altro che i principii più comunemente accettati nella Scozia: circa alle discussioni se realmente i matrimoni irregolari siano veri matrimoni o solo promesse di matrimonio costituenti impedimento dirimente, vedi GARNIER, *op. cit.*, pag. 106-119; LAWRENCE, *op. cit.*, pag. 291 e seg., e specialmente GONSE, *op. cit.*, loc. cit., dal cui studio principalmente tolgo quanto ho riferito sul matrimonio scozzese.

(2) Tolgo le norme delle legislazioni matrimoniali americane, ad eccezione di pochi particolari, dall'accurato studio che ne fece il CATELLANI (*op. cit.*, cap. V, n[i] 460-462) sulle opere dello STIMSON, *American Statute Law*, pag. 671-7 e dello HITTEL, *The ressources of California*, pag. 421.

Così le solennità dei matrimoni regolari e la competenza a celebrarli variano secondo gli Stati; in tutti è competente ogni ministro, prete o predicatore del Vangelo: nel Rhode Island lo stesso diritto spetta ad ogni anziano d'una comunità religiosa: e il ministro religioso non ha bisogno di alcuna autorizzazione quando è ordinato secondo gli usi della sua religione, in molti Stati (Nuovo Hampshire, Massachussetts, Vermont, Rhode Island, Connecticut, Nuova Jersey, Illinois, Michigan, Jowa, Nebraska, Maryland, Carolina del Nord, Tennessee, Missurì, Texas, Colorado, Wyoming, Mississipì, Florida, Nuovo Messico, Arizona); deve invece ottenere una licenza speciale per celebrare matrimoni, in altri Stati (Maine, Ohio, Wisconsin, Minnesota, Kansas, Delaware, Virginia, West Virginia, Kentucky, Arkansas, Nevada, Alabama e distretto di Columbia). Tale diritto spetta pure in molti Stati ad ogni giudice di pace (Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Connecticut, Nuova Jersey, Nuova York, Ohio, Indiana, Illinois, Michigan, Jowa, Minnesota, Kansas, Nebraska, Carolina del Nord, Kentucky, Tennessee, Missurì, Arkansas, Texas, California, Nevada, Colorado, Washington, Dakota, Idaho, Montana, Wyoming, Georgia, Alabama, Mississipì, Florida, Luigiana, Arizona); in altri pure ad ogni sindaco (Nuova York, Nuova Jersey, Jowa, Delaware, Dakota), o al governatore dello Stato (Arkansas, Idaho, Arizona), o ai giudici di una corte superiore (Nuova Jersey, Jowa, Texas, California, Nevada, Washington, Idaho, Alabama, Mississipì, Florida, Luigiana), o della Corte suprema (Rhode Island, Jowa, California, Dakota, Idaho, Alabama, Mississipì), o di quelle per la verificazione dei testamenti (Missurì, Washington, Dakota, Idaho, Alabama), o di una Corte *of record* (Nuova York, Indiana, Illinois, Wisconsin, Minnesota, Arkansas, Montana), o di una Corte di contea o di parrocchia (Nuova York, Kentucky, Missurì, Texas, Florida, Luigiana), di una Corte di città (Alabama) o di polizia (Nuova Jersey). Le leggi di vari Stati indicano « un giudice » senza distinzione fra le varie specie e gradi di magistrati (Connecticut, Kansas, Nebraska, Tennessee, Missurì, Colorado, Wyoming, Georgia, Arizona); altre estendono tale facoltà ai cancellieri (Alabama, Mississipì); nella Virginia chiunque faccia un deposito di 1500 dollari può ottenere dalla Corte di contea licenza di solennizzare matrimoni: e nella Pennsylvania le parti possono in certi casi celebrare da sè il matrimonio alla presenza di due testimoni presentandone poi l'atto colle firme di questi alla Corte, mentre

normalmente si richiedono in quello Stato dodici testimoni. Rispetto al carattere della solennità, quando il matrimonio è celebrato da un prete, o non si richiede alcuna solennità speciale (Arkansas) o la legge si riferisce alle forme religiose delle parti (Nuova York, Distretto di Columbia); quando il matrimonio è civile basta in molti Stati la semplice dichiarazione dei coniugi di prendersi per marito e moglie (Nuova York, Pennsylvania, Michigan, Wisconsin, Minnesota, Nebraska, Carolina del Nord, Tennessee, California, Oregon, Nevada, Washington, Dakota, Idaho, Wyoming). I testimoni devono essere in alcuni Stati due (Rhode Island, Michigan, Wisconsin, Minnesota, Nebraska, Oregon, Nevada, Washington, Idaho, Wyoming), in altri tre (Luigiana), altrove ne basta uno (Nuova York, Dakota).

Insieme però a tutte queste norme legislative relative al matrimonio regolare, in tutta la estensione degli Stati Uniti ha vigore ed è valido come in Scozia il matrimonio irregolare. Un matrimonio concluso senza osservare le citate prescrizioni è irregolare, ma non è nullo: senza richiamare ora nei loro particolari i principii stabiliti dalla giurisprudenza (ciò che dovremo fare nel corso del lavoro) circa al matrimonio irregolare, ci basti per ora osservare che quando vi sia il consenso fra le parti in qualsiasi modo espresso ed in qualsiasi modo provato il matrimonio viene generalmente calcolato valido. Non serve che gli Stati americani minaccino ed infliggano pene alle parti contraenti o alla persona che celebrò in onta alle prescrizioni relative alla forma: non serve che la persona che lo ha celebrato si sia presentata come giudice di pace o come sacerdote, non essendolo; quando era intenzione delle parti o anche di una sola di concludere valido matrimonio, esse saranno unite: la coabitazione, il semplice consenso anche senza coabitazione, l'*habit and repute*, la confessione delle parti, il ricevimento in famiglia, ecc., son tutte ottime prove dell'esistenza del matrimonio.

Questo principio ha vigore anche in alcuni possedimenti inglesi, come per es. al Ceylan (1).

Infine un ultimo Stato dove hanno vigore principii molto analoghi circa al matrimonio, dove cioè esiste il matrimonio civile per i non cattolici dal 27 febbraio 1873, esiste il matrimonio cattolico, ma

---

(1) Cons. privato 3 febbraio 1891, Sastry c. Sembecutly; *Albany Law Journ.*, vol. XXIV, pag. 332.

una valida unione può esser stabilita per semplice mutuo consenso è il Paraguay (1).

3. Date queste enormi differenze fra le legislazioni relativamente alla forma di celebrazione del matrimonio, col continuo aumento delle relazioni fra i popoli e della emigrazione temporanea e permanente, era naturale che ogni Stato si preoccupasse delle gravi conseguenze che poteva avere la mancanza di una norma regolatrice la validità dei matrimoni conclusi da' suoi cittadini all'estero e dagli stranieri nel suo territorio e che si affrettasse a formulare nelle sue leggi la massima di diritto internazionale privato che migliore per tale intento apparisse. Ed invero alla scarsissima codificazione del diritto internazionale privato fanno frequenti eccezioni appunto quelle norme accolte in molti Cod. civ. intese a risolvere la difficoltà sorgente dalla molteplice varietà delle forme di celebrazione del matrimonio.

È poi altresì naturale che i legislatori i quali sancirono il matrimonio civile fossero meglio disposti degli altri così a stabilire delle norme regolanti la forma del matrimonio nel diritto internazionale privato, come a prendere per massima informatrice di queste la regola *l. r. a.*

Cominciò il legislatore francese a scrivere nel suo Cod. l'art. 170: « Le mariage contracté en pays étranger entre français, et entre français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays... ». Identica disposizione recano il Cod. civile dei Paesi Bassi, art. 138 e la legge belga del 20 maggio 1882, nº 1, alla repubblica d'Haïti l'art. 1 della legge 30 ottobre 1860 (2), e il Cod. rumeno, art. 152. Il Cod. nostro, all'art. 100 stabilisce pure che « il matrimonio seguìto in paese estero tra cittadini o tra un cittadino ed uno straniero è valido, purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese ». Così anche negli Stati Uniti messicani gli art. 183 e 184 del Cod. applicano lo stesso principio, prevedendo tutti i casi, anche quello del matrimonio di stranieri avvenuto fuori del territorio dell'Unione (3). La Svizzera sancì lo stesso principio

---

(1) LAWRENCE, *op. cit.*, pag. 335 e GONSE, *op. cit.*, *B. S. L. C.*, 1874-75, pag 80, nota 2.

(2) BORNO, *Étude sur la loi* 30 *octobre* 1860, *etc.*, *J. D. I. P.*, 1893, pag. 754.

(3) Art. 183: « Il matrimonio celebrato fra stranieri fuori del territorio nazionale, e che sia valido secondo le leggi del paese dove è stato celebrato, sortirà tutti gli effetti civili nello Stato ».

nell'art. 54 della Costituzione federale e nell'art. 25 della legge del 1874, la Germania nell'art. 41 della legge del 1875 per i matrimoni degli stranieri sul territorio dell'impero e in molte leggi particolari per i matrimoni fra tedeschi o fra tedeschi e stranieri all'estero (1), la repubblica di Guatemala con gli art. 131-133 e 139-147, l'Argentina coll'art. 2 della legge del 1889, il Brasile colla legge del 1890, il Giappone coll'art. 50 del Cod. del 1890 e finalmente il Congo con l'art. 6 del decreto del 1891 (2).

Disposizione perfettamente identica, sebbene espressa in modo differente, tale da poter far credere che oltre alla regola *l. r. a.* sia stabilito anche un principio diverso (3), reca l'art. 101 del Cod. civile dell'Uruguay: « Il matrimonio celebrato in paese straniero in conformità alle leggi del medesimo paese od a quelle della repubblica orientale dell'Uruguay produrrà in questa gli stessi effetti civili che se fosse celebrato nel territorio orientale ».

4. Così un principio comune di diritto internazionale privato ha vigore rispetto alla forma del matrimonio in tutti gli Stati che alla autorità civile concessero l'esclusivo diritto di celebrarlo: e da ciò si dovrebbe dedurre che nessun dubbio potesse mai sorgere quando si dovesse giudicare di fronte alla legislazione di questi Stati della

(1) Landrecht prussiano, parte I, tit. V, art. III; Legge sassone 5 novembre, bavarese 18 ottobre, württemberghese 8 agosto, badese 9 dicembre 1875 e Editto del Ministero imperiale degli esteri 13 dicembre 1875; GONSE, *Notice*, *A. L. E.*, 1875, pag. 230, nota 6; GARNIER, *op. cit.*, pag. 6.

(2) Non ripeto qui le date precise di queste leggi, nè le fonti da cui le ho tolte, avendole già riferite nell'ultimo cap., parte gen. e nei num. 1 e 2 di questo. Così pure per gli altri Codici o leggi cui dovetti riferirmi.

(3) Ed invero il legislatore della repubblica orientale dell'Uruguay potrebbe raggiungere lo stesso effetto cui mira coll'art. 101, anche cancellando in esso le parole: « o a quelle della repubblica ». O due orientali celebrano il loro matrimonio in un paese che ammette solo la forma religiosa e lo conchiuderanno religiosamente, e sarà valido in virtù della prima parte dell'art. 101, o si trovano in un paese che ammette solo il matrimonio civile, e celebrandolo civilmente si conformeranno bensì alla legge orientale che riconosce solo il matrimonio civile, ma nello stesso tempo anche alla *lex loci:* in tal caso la *lex loci* e la legge orientale coincidono. Si capisce del resto perchè l'art. 101 sia così redatto; fa parte del Codice che ammetteva soltanto il matrimonio religioso modificato dalla legge del 1885 sul matrimonio civile: in questa il legislatore non ha creduto di dover modificare l'art. 101 forse perchè ha compreso che, una volta stabilito il matrimonio civile esclusivo nella repubblica, quell'articolo, anche redatto com'è, stabiliva assolutamente la regola *l. r. a.*

validità dei matrimoni conclusi all'estero dai loro cittadini o di quelli celebrati nel loro territorio da stranieri: pure non sempre è così; varie questioni invece e difficoltà si presentano degne del nostro attento esame.

E prima d'ogni altra una che sorge dall'interpretazione delle parole con le quali generalmente è espresso nei codici il principio *l. r. a.* rispetto al matrimonio. Nel matrimonio civile per solito l'ufficiale incaricato di celebrarlo non si può limitare a ricevere il consenso degli sposi; ma secondo il Cod. italiano, il francese, il rumeno, la legge germanica, ecc., fa la solenne dichiarazione che in nome della legge sono uniti in matrimonio: dichiarazione che è altrettanto necessaria alla sua validità quanto lo scambio del consenso: si potrà forse giustamente criticare una simile disposizione di legge che fa intervenire attivamente lo Stato nella conclusione di un negozio giuridico nella quale dovrebbe limitarsi a ricevere e constatare la volontà delle parti, ma le critiche non tolgono certo l'efficacia a quanto è stabilito dall'art. 94 Cod. civ. e dagli art. simili d'altri Codici. Ora avendo noi detto che la forma di un atto non è altro che il complesso degli elementi estrinseci di validità dell'atto stesso di quelli cioè che si riferiscono esclusivamente ai mezzi di manifestazione della volontà, vi potrebbe essere chi ci osservasse: siccome quando le parti hanno dichiarato di volersi prendere per marito e moglie la loro volontà è completamente e legalmente manifestata, così o la vostra definizione della forma è deficiente perchè non comprende la forma del matrimonio o non calcolate come elemento formale la dichiarazione dell'ufficiale dello stato civile e non potete quindi sottoporla essa pure alla regola *l. r. a.*; ammettiamo che questa obbiezione ci possa esser fatta, ma crediamo anche di potervi rispondere molto facilmente.

Il legislatore col prescrivere che l'ufficiale dello stato civile dichiari in nome della legge che i fidanzati sono uniti in matrimonio non fa certo intervenire nel consenso l'ufficiale; volendo che il matrimonio sia un atto solenne, ordina a chi è incaricato di celebrarlo, di proclamare solennemente e pubblicamente la formazione del vincolo; non desiderando che il matrimonio sia equiparato a molti altri meno importanti atti della vita civile, per i quali basta l'intervento del notaio, il legislatore non si volle limitare ad attribuire all'ufficiale le funzioni di un testimonio passivamente assistente ma stabilì che questo constatasse con le sue parole il riconoscimento dello stato di coniugi che dalla legge deriva: ora questa parte della cerimonia appartiene com-

pletamente alla forma del matrimonio: dal fatto che l'ufficiale deve sotto pena di nullità pronunciare la formola solenne non ne deriva affatto che egli sia parte nell'atto, che egli intervenga direttamente nel consenso; di consenso non si può parlare quando egli è obbligato a prestarlo; se realmente l'ufficiale fosse parte nell'atto, se le sue parole fossero un mezzo per la manifestazione della volontà dello Stato di stringere quel vincolo, evidentemente non avrebbe il legislatore scritto l'art. 100 Cod. civ. perchè nel matrimonio concluso da italiani all'estero mancherebbe uno degli elementi essenziali del consenso. L'ufficiale in realtà non è altro che un testimonio qualificato; il cerimoniale prescritto dall'art. 94 Cod. civ., copia dell'art. 75 Cod. civ. francese, è stato giustamente con severe parole criticato: il Borgatti osservava che l'uffiziale dello stato civile non dovrebbe esercitare altra funzione che quella di un notaio destinato dalla legge per ricevere, alla presenza di due testimoni, da ciascuna delle parti, la dichiarazione ch'esse si vogliono rispettivamente prendere in marito e moglie e rogar l'atto del formale contratto. Invece, secondo il sistema del Codice, l'uffiziale dello stato civile è « una specie di sacerdote o patriarca, che cinge la sciarpa, simbolo della suprema autorità dello Stato; come il parroco veste la stola, simbolo dell'autorità suprema della Chiesa » (1). Ma da questa solenne importanza, che all'uffiziale dalla legge è attribuita, non si può inferire che tale cerimoniale appartenga al consenso, alla sostanza del matrimonio; appartiene invece solo alla forma, precisamente agli elementi estrinseci di validità, ai modi di manifestazione della volontà. L'atto notarile certo nessuno nega che sia il modo richiesto dalla legge in certi casi per la manifestazione della volontà, che appartenga alla forma dell'atto: forse che ciò più non sarebbe se domani una disposizione legislativa

(1) Borgatti, *Il matrim. civ. e il matrim. eccles.* Vedi anche Curcio, *Lettere sul Cod. civ.* « Il nostro Cod. ha rivestito d'un'aria braminica il povero uffiziale dello stato civile, imponendo a lui di dichiarare sacramentalmente in nome della legge, che le parti sono unite in matrimonio... E se sopra questa lubrica via cammineremo un altro poco, vedremo il sindaco vestire lunga candida stola prima d'accingersi al grande atto e poi forse alzar la mano, ed in nome dell'onnipotente Cod. civ., come se fosse in nome di Brama, Budda e Visnù, laudati sieno, impartir la benedizione ai coniugi ». Pure in questo senso Lomonaco, *Ist. di dir. civ.*, vol. I, pag. 140 da cui togliamo le citazioni del Borgatti e del Curcio, e Borsari, *Dir. civ.*, vol. I, §§ 254, 255, il quale crede che la non pronunciazione della formola, non importi nullità; e forse si può ritenerlo specialmente argomentando *a contrario* dall'art. 104 Cod. civ.

imponesse ai notai di dichiarare a voce o nell'istrumento che in nome della legge la donazione o il contratto di matrimonio è perfetto? Sarebbe questa niente più di una nuova formula aggiunta alle altre che i notai devono osservare.

Un'altra difficoltà per alcuni sta nella parola atto: con essa, dicono, si deve intendere solo il documento scritto, l'*instrumentum*, non l'atto giuridico in sè: quindi, p. es., l'art. 100 del nostro Cod. non è una applicazione del principio dell'art. 9 Disp. prel., ma una estensione di esso: l'art. 9 stabilendo la regola *l. r. a.* non concerne che gli atti, gli scritti, mediante i quali viene constatato un fatto giuridico; esso non si applica dunque se non all'atto che l'ufficiale pubblico redige dopo la celebrazione del matrimonio; l'art. 100 invece parlando delle forme del matrimonio estende il principio *l. r. a.* anche alla celebrazione che è cosa ben diversa « dallo scritto che la compone » (1). Tutto ciò è inesatto; tanto la regola *l. r. a.*, che l'art. 9, che l'art. 100 si riferiscono alla forma dell'atto giuridico, cioè della manifestazione di volontà intesa a produrre effetti giuridici, non soltanto alla forma dell'*instrumentum* (2), il quale molte volte, come appunto nel caso dell'atto di matrimonio, non costituisce affatto il negozio giuridico; tanto è vero che non lo costituisce, che se dopo celebrato il matrimonio l'atto non vien rogato o gli sposi od uno di essi si rifiuta di firmarlo, il matrimonio non cessa per questo d'esser valido (3). A strane conseguenze del resto codesta interpretazione della regola *l. r. a.* condurrebbe: ad ammettere p. es. la regola negli atti notarili *ad solemnitatem* dove l'*instrumentum* è richiesto sotto pena di nullità e si compenetra nel negozio giuridico e ad escluderla negli atti notarili *ad probationem*, dove il negozio giuridico sussiste indipendentemente dallo scritto; e invece ad escluderla negli atti verbali anche solenni, com'è appunto la celebrazione di matrimonio, per ammetterla nel verbale di seguìto matrimonio. Tanto l'art. 9 che l'art. 100 e la regola *l. r. a.* e tutte le legislazioni che la sanciscono, così in genere, come rispetto al matrimonio, devono esser applicati tanto alla forma della manifestazione di volontà intesa a produrre

---

(1) LOMONACO, *Ist. di dir. civ.*, vol. I, pag. 144; LAURENT, *Principes de dr. civil*, vol. III, n° 20 e *Dr. civ. intern.*, vol. IV, n° 233; FAVARD DE LANGLADE, *Répertoire*, v° *Mariage*, sez. III, § 3, cit. ap. WEISS, *op. cit.*, pag. 479, nota 1; DUGUIT, *op. cit.*, pag. 73. *Contra* CATELLANI, *op. cit.*, cap. V, n° 463 e WEISS, loc. cit.

(2) Ved. FIORE, *op. cit.*, vol. I, n° 217.

(3) Montpellier, 4 febbraio 1840, SIREY, 1840, 2, 160.

effetti giuridici che all'atto scritto: potrebbe mancare nel nostro Codice l'art. 100 e tuttavia in base al solo art. 9 (1) i matrimoni conchiusi fra due italiani all'estero secondo le forme locali sarebbero validi.

5. Sbarazzataci la via da queste prime difficoltà, studiamo, di fronte alla legislazione degli Stati che ammettono il matrimonio civile esclusivo, prima la validità dei matrimoni conclusi da stranieri nel loro territorio, poi la validità di quelli che son celebrati all'estero dai loro cittadini.

Nessun dubbio può nascere quando due stranieri di cui la legge personale stabilisce il matrimonio civile sposano civilmente in uno di codesti Stati che come l'Italia sancirono il matrimonio civile: ma se i due stranieri appartenessero ad un paese che ammette solo il matrimonio religioso, oppure questo e il civile, oppure l'uno e l'altro ed il consensuale e celebrassero in Italia un matrimonio religioso o si scambiassero il consenso senza nessuna solennità, potrebbero questi matrimoni esser riconosciuti validi in Italia? (2).

A nostro avviso, confortato anche da una quasi unanime dottrina (3) e giurisprudenza (4), in tali casi la regola deve essere imperativa

(1) Cass. Roma, 15 maggio 1877, *Foro*, II, 673.

(2) Le ipotesi che faccio e farò relativamente all'Italia, valgono anche per tutti gli altri Stati citati a n° 3 di questo capitolo, i quali si trovano ad avere una legislazione perfettamente eguale alla italiana, e della cui giurisprudenza mi giovo. Se differenze tali esistono fra la legislazione italiana e le straniere di codesti Stati, da condurre a soluzioni differenti da quelle che credo possano valere per noi, ne tengo conto nel testo.

(3) FIORE, *op. cit.*, vol. II, n° 541 e *Du mariage célébré, ecc.*, n° 13, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 300; ESPERSON, *Le dr. int. pr. ecc.*; Ibidem, 1882, pag. 164; CATELLANI, *op. cit.*, cap. V, n° 463; OLIVI, *Du mar. en dr. int. pr.*, *R. D. I.*, 1883, pag. 233; NORSA, *Revue de la jur. italienne, etc.*, n° 10, *R. D. I.*, 1875, pag. 194; BIANCHI E., *Saggio*, pag. 29; DUGUIT, *op. cit.*, pag. 83; WEISS, *op. cit.*, pag. 481 con eccezioni, vedi sotto; LAURENT, *op. cit.*, vol. IV, n° 233 e seg.; AUDINET, *op. cit.*, n° 534; BOURDON-VIANE et MAGRON, *op. cit.*, pag. 169; BROCHER, *Nouv. Traité*, n° 38 e *Cours*, vol. I, n° 89; DUHAUT, *op. cit.*, pag. 322; DESPAGNET, *op. cit.*, n° 328; VERGER, *op. cit.*, pag. 47; SURVILLE, *op. cit.*, n° 285; FOELIX, *op. cit.*, vol. II, n° 10, pag. 380; PIC, *Mar. et divorce*, pag. 95; FEBVRE, *op. cit.*, pag. 120; GARIN, *Des cond. réq. pour la val. du mar.*, pag. 59; LEHR, *Célébr. d'un mar. en France, etc.*, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 659; MUHEIM, *Prinzipien*, pag. 192; MANKIEWICZ, *op. cit.*, pag. 45; STOBBE, *Handbuch*, vol. I, § 31; KLÖPPEL, *Die leitenden Grundsätzen, etc.*, *Z. I. P. R.*, vol. I, pag. 201.

(4) Trib. Viterbo, 10 settembre 1874, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 44 e nota DUBOIS; Corte app. Lucca, 28 giugno 1877 (*Foro*, 1877, pag. 1100); Corte app.

assolutamente: quando in Italia il matrimonio fra stranieri non è celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile, con le forme nostre, esso deve per noi essere invalido checchè dispongano in contrario le leggi personali dei contraenti; questi, se lo crederanno opportuno, potranno celebrarlo oltre che civilmente anche in altro modo: per noi quello che solo ha valore legale è il civile. Le forme del matrimonio sono stabilite in base a dei principii di ordine e di diritto pubblico che non si possono impunemente violare: secondo noi ciò si può dire e per le forme del matrimonio e per le forme degli atti tutti, ma relativamente poi a quelle del matrimonio ciò è sentito dalla grande maggioranza; una prova validissima l'abbiamo nel fatto che tutte le legislazioni anche quelle che ammettono la regola *l. r. a.* in genere come facoltativa, ne sanciscono per il matrimonio il carattere obbligatorio (1). Non c'è bisogno per sottoporre obbligatoriamente gli stranieri alle forme prescritte dalla legge territoriale che il legislatore stabilisca espressamente come l'art. 41 della legge germanica del 1875: « Sul territorio dell'Impero nessun matrimonio potrà esser concluso validamente se non davanti all'ufficiale dello stato civile »; questo principio deriva da sè dal fatto che il sovrano territoriale ha stabilito solo una o più determinate ed esclusive forme per la celebrazione del matrimonio, forme poi che nei casi in questione sono le civili.

Ma non per tutti è così; secondo il Filomusi Guelfi non soltanto il dubbio può sorgere, ma deve condurre in alcuni casi alla non applicazione della regola *l. r. a.* Bisogna distinguere, egli dice, il caso in cui uno degli sposi sia italiano e l'altro straniero, dal caso in cui ambedue

---

Firenze, 31 luglio 1877, *Ann.*, 1877, 283; Cass. Roma, 15 maggio 1877, *Foro*, 1877, pag. 666; Trib. Senna e Cass. Parigi, 18 dicembre 1837, S. 38, 2, 113; Trib. Senna, 29 gennaio 1841, *Gaz. des Trib.*, 4 febbraio 1841; Cass., 9 marzo 1853, S. 53, 1, 274; Trib. Senna, 21 luglio 1883, *Loi*, 11 agosto 1883; Trib. Boulogne-sur-mer, 8 aprile 1886, *Loi*, 2 maggio 1886; Trib. Algeri, 28 giugno 1887, *Gaz. des Trib.*, 4 novembre 1887; Trib. Tolosa, 7 maggio 1890, *R. P. D. I. P.*, 1890-91, pag. 226 e nota, e *J. D. I. P.*, 1891, pag. 223; Cass. belga, 19 gennaio 1852, *Pasicr.*, 52, 1, 85; Bruxelles, 29 maggio 1852, *Pasicr.*, 52, 2, 237; Gand, 26 luglio 1879 e 12 maggio 1880, *Pasicr.*, 80, 2, 167 e 169. Per la Svizzera ved. *J. D. I. P.*, 1893, pag. 266, e per la Germania, ibidem, 1891, pag. 1005.

(1) Non ci sarebbe bisogno di ricordarlo, dopo quanto abbiamo detto nella Parte gen., ma è bene ripetere che prescindiamo affatto dal parlare dei matrimoni consolari e diplomatici, i quali naturalmente fanno eccezione alla regola *l. r. a.* Ved. del resto Prefazione e n° 10, cap. IV, Parte generale.

siano stranieri ed appartenenti ad un paese per il quale sia sufficiente e necessaria per la validità del matrimonio la celebrazione religiosa. Nel primo caso il matrimonio religioso celebrato in Italia non sarà certo valido: non si può ammettere che un italiano in Italia sposi validamente mediante una forma alla quale il legislatore nostro non attribuisce nessun valore (1): ma nel secondo caso il matrimonio deve esser calcolato valido e queste ne sono le ragioni (2): prima di tutte, continua il Filomusi, l'art. 368 Cod. civ. dà facoltà ai cittadini italiani di contrarre il loro matrimonio seguendo le forme del diritto italiano davanti ai regi consoli all'estero: ma se noi pretendiamo che si riconosca la validità dei matrimoni degli italiani contratti all'estero con la nostra forma nazionale a norma dell'art. 368, dobbiamo riconoscere la validità dei matrimoni celebrati in Italia da due stranieri appartenenti allo stesso Stato, seguendo la lor propria forma nazionale davanti ai consoli. A questo principio può assegnarsi un fondamento elevato di diritto razionale « dappoichè il matrimonio, come l'atto solenne di fondazione della famiglia, ligasi allo stato dei cittadini, come membri organici di un dato popolo o di una nazione costituita a Stato; e se la famiglia ha la sua nazionalità (la *natio familiae*) come l'ha il matrimonio (la *natio matrimonii*), l'atto solenne di fondazione della famiglia, la celebrazione del matrimonio, regolasi anche secondo la forma della *lex nationis*, che trova il proprio rappresentante entro il territorio di uno Stato straniero, nell'agente diplomatico o consolare. Cosicchè, secondo il nostro concetto, agli stranieri appartenenti allo stesso Stato è lasciata la scelta o di celebrare le nozze secondo la forma del luogo o secondo la loro forma nazionale. Inoltre a noi pare che non pure dall'art. 368 rapportato allo spirito della nostra legislazione e della nostra politica nazionale, ma dalla regola dell'art. 9 Disp. prel. traggasi argomento per sostenere che gli stranieri della stessa nazione possano contrarre matrimonio in Italia secondo la loro propria forma nazionale ». E difatti codesto articolo concede ai contraenti la facoltà di seguire le forme della loro legge nazionale comune: e quindi permettendo questa la validità del matrimonio solo religioso, dovremo anche in Italia riconoscerlo valido se in tal modo celebrato da noi. « Così interpretando l'art. 9, ne conseguirebbe che nell'atto

---

(1) Filomusi-Guelfi, *La reg. l. r. a. nel matrim.*, *Filangieri*, 1877, pag. 513.

(2) Filomusi-Guelfi, *Nota a sentenza Corte app. Lucca*, 28 giugno 1867, Zambelli c. Gilli, *Foro*, 1877, pag. 1190.

il quale fonda relazioni giuridiche personali, aventi uno scopo morale permanente, nell'atto la cui esistenza giuridica è riconosciuta dalla propria legge nazionale dei contraenti ed i cui effetti giuridici devono essere determinati per la vita degli stessi, il nostro diritto riconosce conveniente che imperi la legge nazionale comune dei contraenti e lascia a questi piena libertà di prestarle ossequio, celebrando l'atto solenne delle nozze, secondo la forma dalla stessa prescritta ».

Ci duole, ma non possiamo in alcun punto accettare la teoria del Filomusi-Guelfi: scartiamo prima di tutto il ragionamento fondato sul matrimonio consolare: non siamo in tema di matrimonio consolare e non bisogna introdurre nel caso nostro elementi estranei: è vero che potremo riconoscere valido il matrimonio celebrato davanti al console degli sposi secondo la loro forma nazionale in Italia, ma il console è un ufficiale del loro paese, è competente a celebrarlo, e di fronte a noi è competente non solo perchè la legge dello Stato che l'ha nominato tale competenza gli ha concesso, ma perchè noi dandogli l'*exequatur* gliela abbiamo tacitamente od espressamente riconosciuta: sta bene che in tesi astratta, per « diritto razionale », come vogliamo validi i matrimoni consolari degli italiani all'estero, così vorremo validi i matrimoni consolari degli stranieri in Italia, ma in diritto positivo per noi non sarà valido un matrimonio consolare di stranieri in Italia se per una ragione o per un'altra, siano pure ingiustificabili, non riconosciamo al console la competenza di celebrare matrimoni (1). Inoltre poi l'eccezione alla regola *l. r. a.* per gli atti fatti davanti ai consoli è giustificabile qualche volta in quanto è consigliata dalla necessità, sempre poi in quanto è una condizione di garanzia imposta dalla sovranità territoriale: necessità, perchè il ricorso al ministero del console è in molti casi l'unico mezzo per compiere un atto che non sia formalmente nullo secondo la legge territoriale

(1) Non dico ciò nel senso che l'Italia debba, o meglio, possa far ciò: anzi l'aver scritto nel Codice l'art. 9, secondo alinea, impegna in genere l'Italia a riconoscere la validità dei matrimoni consolari celebrati sul suo territorio fra stranieri, perchè avendo loro in generale concesso di seguire la forma nazionale se comune alle parti, è giusto che per il matrimonio loro conceda il modo di farlo (vedi FIORE, *Du mar. célébré a l'étranger*, n° 15, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 303); lo dico solo per mostrare come la loro validità dipenda non solo dalla legge degli sposi, ma anche dalla legge territoriale. Vedi sopra Parte gen., cap. IV, n° 10. La Francia, per es., alle volte non riconosce la loro validità (vedi ZACHARIAE, *Dr. civ.*, § 468; AUBRY-RAU, *op. cit.*, § 469, n° 2).

o la legge personale o alle volte secondo l'una e l'altra insieme; garanzia, perchè la sovranità territoriale decampa dall'osservanza delle forme sue quando il ministero d'un ufficiale regolarmente investito dall'altro Stato attesti col suo solo intervento l'osservanza della forma straniera. Ora queste due ragioni che giustificano l'eccezione alla regola *l. r. a.* per gli atti consolari, non possono essere invocate dal Filomusi per giustificare l'eccezione nel caso speciale: non la necessità, perchè gli sposi, *dopo celebrato il matrimonio civile*, potevano celebrare quanto religiosamente volevano la loro unione: non la garanzia, perchè il primo sacerdote venuto non è garante affatto allo Stato italiano dell'osservanza delle forme straniere. L'art. 368 e le sue conseguenze non possono dunque applicarsi affatto all'interpretazione dell'art. 9.

Il Filomusi poi giustamente dice che il matrimonio come atto fondamentale, di relazioni giuridiche personali, permanenti per la vita dei contraenti, deve esser retto dalla legge nazionale; ora ciò nessuno contesta: ma l'illustre giurista vorrà ammettere che da ciò non si può trarre la conseguenza che anche la forma debba esser retta dalla legge personale degli sposi: questa reggerà tutto il matrimonio e tutte le sue conseguenze anche se la forma con cui è stato celebrato non sia quella prescritta da essa.

Ancora e sempre poi milita in favor nostro la ragione principale, fondamento di tutta la nostra teoria sulla forma degli atti, che questa cioè interessa l'ordine pubblico: ragione che al Filomusi oppone anche il Fiore, le cui parole desideriamo riportare, perchè mostrano, e ci confortano perciò, come almeno relativamente alla forma del matrimonio egli ad un principio grandemente analogo al nostro molto si accosti: « Non è vero, scrive il Fiore (1), rispondendo al Filomusi, non è vero che l'individuo che si trova in paese straniero, che si è così in certo modo posto alla disposizione della legge straniera, debba obbedire alle prescrizioni di questa legge quando esse sono l'espressione o l'applicazione del diritto pubblico della società che vive sul territorio retto da quella legge. La distinzione opportunamente fatta dal legislatore italiano fra il matrimonio, grande istituzione sociale, e il matrimonio, sacramento della Chiesa, è stata inspirata dalla preoccupazione di circondare un atto così importante dalle maggiori garanzie possibili, e di assicurare, per mezzo della sua stessa solen-

(1) FIORE, *Du mar. célébré à l'étr.*, n° 14, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 302.

nità, la sincerità e la spontaneità dei consensi, senza voler impedire l'osservanza della legge religiosa, inspirata, essa pure, da motivi di un ordine elevato sebbene di differente natura. Se così è, si può forse sostenere che la celebrazione religiosa o la celebrazione civile sollevi una pura questione di forma? È forse ammissibile che la facoltà riconosciuta ai contraenti di riferirsi alle forme prescritte dalla loro legge nazionale possa essere invocata da essi per contravvenire alle regole essenziali del nostro diritto pubblico in materia di matrimonio? ».

Questo e quanto prima abbiamo noi detto vale per contestare la validità dei matrimoni contratti da stranieri concittadini in forma religiosa davanti ai ministri d'un culto qualsiasi riconosciuto dallo Stato in cui si trovano, quando questo Stato, qualunque esso sia, stabilisca il matrimonio civile e la regola *l. r. a.* anche con la eccezione che prevede l'art. 9: circa poi a quelli così celebrati in Italia, ed a questo caso si riferisce il Filomusi, un nuovo ed ultimo argomento in favor nostro si può ricavare dall'art. 103 del Cod. civ.: esso dispone che lo straniero che voglia contrarre matrimonio nel regno debba presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del paese cui appartiene, dalla quale consti che giusta le leggi da cui dipende, nulla osti al divisato matrimonio: ora, non essendo in Italia prescritta la precedenza del matrimonio civile al religioso, come si può supporre che il legislatore avrebbe scritto l'art. 103 se avesse voluto ammettere la validità dei matrimoni conclusi in Italia solo religiosamente dagli stranieri, cui questo è permesso dalla legge nazionale? Per che scopo scrivere quell'articolo se non si supponeva che anche per gli stranieri solo competente alla celebrazione fosse l'ufficiale dello stato civile? L'art. 103 serve evidentemente ad impedire che si celebrino da noi dei matrimoni che non siano validi nella patria degli sposi: ora questa garanzia si avrà se competente a celebrarli è l'ufficiale dello stato civile, il quale non procederà alla celebrazione senza la presentazione del documento: ogni garanzia manca e con essa qualunque ragione giustificativa dell'articolo se sia competente invece un sacerdote, al quale nessuno finora può vietare di procedere ad un matrimonio senza avere il permesso dell'autorità civile.

L'opinione contraria alla nostra è stata ed è tuttavia sostenuta anche in Francia: una lettera del gran giudice ministro della giustizia del 16 maggio 1810 ed un'altra del guardasigilli del 13 ottobre 1815,

dirette al presidente del consistorio della Chiesa cristiana della confessione di Augsbourg a Parigi, dicevano che uno straniero ed una francese, la quale dichiari di voler seguire la condizione del marito, possono validamente sposarsi in Francia conformemente alle regole in uso nel luogo di domicilio dello sposo, e non sono affatto obbligati a sottomettersi alle formalità volute dalle leggi francesi; l'errore però dei ministri è stato corretto dal Tribunale della Senna e dalla Corte di Parigi che qualche anno dopo, discutendo intorno alla legittimità dei figli nati da quella unione, dichiararono rettamente il matrimonio nullo (1). Identico caso in Belgio: la Corte di cassazione belga e per rinvio la Corte di Bruxelles (2) dichiararono nullo un matrimonio, riconosciuto prima valido dalla Corte di Liegi, celebrato solo religiosamente in Belgio da un sacerdote cattolico fra un bavarese ed una italiana. Non solo, ma una sentenza della Corte di Parigi passata in giudicato decise che un giudicato italiano deve produrre tutti i suoi effetti in Francia, quando questo giudicato annullò un matrimonio celebrato in Francia fra un italiano ed una francese davanti all'ufficiale dello stato civile, senza matrimonio religioso, in un'epoca in cui questo era richiesto dalla legge italiana (3).

Ma se la giurisprudenza francese, controversa fino a parecchi anni or sono, oggi si è decisa per la nullità di tali matrimoni (4), non così si può dire della dottrina; l'Audinet (5), p. es., dice bensì che tali unioni sono nulle di fronte al dir. positivo francese, ma tuttavia crede questa soluzione teoricamente errata; il Weiss (6) non ne sostiene la validità, ma solo perchè quando il sacerdote francese procede al matrimonio fra due stranieri senza ricever prima dagli sposi il certificato di seguito matrimonio civile « l'intervention anticipée de ce prêtre est condamnée par la loi pénale, et est, par conséquent, contraire en France au *droit public international* ». Il Durand infine

(1) Parigi, 18 dicembre 1837; Dalloz, *Rép.*, v° *Mariage*, n° 195, 1. Ved. in Laurent, *op. cit.*, vol. IV, n[i] 234-5 lungamente esposti e discussi così questo caso come il seguente.

(2) Cass. 15 gennaio 1852, *Pasicr.*, 52, 1, 85 e Bruxelles, 29 maggio 1852, *Pasicr.*, 52, 1, 237.

(3) Parigi, 2 marzo 1868 e Trib. Modena, 7 settembre 1865; *Dictionn. dr. int. pr.* v° *Mariage*, n° 20.

(4) Vedi nota 4 a pag. 208.

(5) Audinet, *op. cit.*, n° 535.

(6) Weiss, *op. cit.*, pag. 481.

assolutamente ne sostiene la validità e ciò perchè quando il legislatore nazionale degli sposi regola la loro capacità, spetta pure esclusivamente a lui regolare anche la forma del matrimonio! E continua: « se, come sostiene Laurent, è la legge locale che è incaricata di assicurare la libera espressione del consenso delle parti, perchè questa legge non imporrebbe anche le garanzie risultanti dalla età e dalla autorizzazione di famiglia? » (1).

Tali argomentazioni, contro le quali non ci pare che valga la pena di spezzar delle lancie, non invalidano punto la nostra tesi: quando dunque un matrimonio è contratto solo religiosamente da due stranieri o da un italiano ed uno straniero in Italia e negli altri Stati sopra nominati, per noi esso sarà sempre nullo; non solo, ma negli Stati dove è stabilita la precedenza del matrimonio civile al religioso, gli stranieri dovranno osservarla: ciò è naturale, del resto; il ministro del culto francese, belga, germanico, cui è fatto obbligo dalla legge del suo Stato di non procedere al matrimonio senza avere il certificato di seguìto matrimonio civile, non può e non deve, per la sola ragione che gli sposi sono stranieri e che la loro legge nazionale non prescrive la precedenza, prestare obbedienza piuttosto alla legge straniera che alla legge territoriale cui egli è sottoposto (2).

A questa nostra tesi generale così assoluta qualche volta però può esser fatta eccezione (3), ma solo per la presenza di qualche ele-

---

(1) Durand, *op. cit.*, n° 57. Pare davvero impossibile che questa tesi sia sostenuta da uno scrittore di diritto internazionale, da uno poi che si dice seguace della scuola italiana!

(2) Sent. cit. a nota 2, pag. 214 e Sent. Gand, cit. a nota 4, pag. 208, e caso citato da Laurent, *op. cit.*, vol. IV, n° 236; Trib. Tolosa, 20 maggio 1890, *Dictionn.* 1890-91, v° *Mariage*, n° 2 e *Z. I. P. R.*, vol. I, pag. 698; Lettera del guardasigilli franc. al procur. della repubblica, 11 maggio 1892, *J. D. I. P.*, 1892, pag. 1243. Per la Svizzera, *J. D. I. P.*, 1893, pag. 266.

(3) Non ci sembra che possa esser annoverato fra le eccezioni il caso preveduto dall'Olivi (*op. cit.*, *R. D. I.*, 1883, pag. 238) di due stranieri che abbiano celebrato solo religiosamente il loro matrimonio in Italia, e dopo ritornati in patria ne ripetano colà la celebrazione religiosa: certo per noi il matrimonio così celebrato è valido, ma solo per effetto della seconda celebrazione, non della prima: è solo dall'epoca della seconda che per noi devono calcolarsi gli effetti del matrimonio, anche se la legge degli sposi crede differentemente. È perfettamente giusta quindi l'osservazione dell'Olivi, che per noi la seconda celebrazione fatta dagli sposi in patria è la sola valida celebrazione, non come opina il Savigny (*op. cit.*, vol. VIII, § 381) una semplice convalidazione, una ratifica della prima, la quale per noi è come non fosse mai stata fatta.

mento estraneo che ponga la questione sotto altro punto di vista. P. es. vi può essere un caso in cui un matrimonio celebrato solo religiosamente in Italia da due stranieri o da uno straniero ed un'italiana o viceversa debba esser riconosciuto valido dai giudici italiani; e si è presentato nel 1877. Un tal Lepori, suddito pontificio, sposa nel 1868 nel regno d'Italia una certa Filippi, suddita italiana, davanti al parroco del domicilio della sposa, uniformandosi così alla legge pontificia secondo la quale un matrimonio celebrato anche all'estero solo religiosamente da un suo suddito era validissimo: avvenuto il matrimonio, gli sposi vanno e si stabiliscono nello Stato pontificio. Nessun dubbio che per noi il matrimonio era nullo; ma viene il 20 settembre 1870 e l'unione di Roma e quindi la mutazione di nazionalità per annessione territoriale dei sudditi pontifici; si poteva dopo ciò credere ancora nullo il matrimonio? La Corte di cassazione di Roma (1) rispose, rettamente secondo noi, di no, ma per una ragione che punto ci persuade: la sentenza per principale motivo adduce che avendo la Filippi pel fatto del suo matrimonio acquistata la cittadinanza pontificia e perduta l'italiana, si dovesse giudicare della validità del matrimonio secondo il diritto pontificio.

Ora a noi sembra col Filomusi-Guelfi (2) un po' difficile provare che l'art. 14 del Cod. civ. abbia applicazione a questo caso e che si possa parlare di italiana *sposata* ad uno straniero quando per noi quella unione non era che un concubinaggio: nè che si possa dire che essa a norma dell'art. 11 Cod. civ. abbia perduto la cittadinanza italiana per tacita rinunzia, avendo ottenuto la cittadinanza nello Stato pontificio: « i fatti di decadenza dalla cittadinanza toccano non pure la presunzione della volontà, ma anche i rispetti dovuti all'ordinamento del diritto pubblico dello Stato; ora non ci pare senza dubbio il principio che la donna maritata col suddito pontificio, in un modo non legittimo, dal punto di vista del Cod. italiano, avrebbe potuto produrre rispetto a questo, la decadenza del dritto di cittadinanza italiana, solo pel fatto che un dritto straniero, attribuisca la cittadinanza alla donna per un matrimonio non legittimo rispetto al dritto italiano e la donna muti residenza e fissi il suo domicilio nel domicilio del marito in terra straniera ». La ragione per cui secondo

(1) 15 maggio 1877, *Foro*, II, 666.

(2) Nota a sent. cit. nota prec., loc. cit. e *La reg. l. r. a. nel matrimonio, Filangieri*, 1877, pag. 512.

il Filomusi e pure secondo noi si deve approvare la decisione della Cassazione, si è che essendo nel territorio pontificio il matrimonio valido, lo stato di coniugi era per la coppia Filippi-Lepori un diritto acquisito e lo Stato italiano, succedendo al pontificio, assumeva anche il dovere di riconoscere e assicurare lo stato che i sudditi pontifici godevano in base a diritti, di fronte alla legge prima imperante, legittimamente acquistati. Per la fusione dei due Stati in uno, del doppio territorio in un territorio e per l'estendersi della legge italiana su tutto il territorio italiano, la validità dei matrimoni contratti legittimamente sotto l'impero del diritto pontificio, riconosciuta dal diritto italiano, diventò validità dei matrimoni secondo il diritto italiano e per tutto l'unico territorio italiano.

Differente, a nostro avviso, avrebbe dovuto essere la soluzione se il Lepori, dopo celebrato il matrimonio religioso, ma prima del 1870, avesse chiesto ed ottenuto la cittadinanza italiana: non è più il caso in cui la sovranità italiana succeda in tutti i diritti e i doveri della sovranità pontificia e perciò anche nell'obbligo di riconoscere lo stato che le persone hanno ottenuto secondo la legge della sovranità cessante, ma è un individuo che volontariamente infrange il vincolo che lo lega allo Stato d'origine, e ne assume uno nuovo con un altro Stato, dal quale non può anche pretendere il riconoscimento dei diritti, secondo le leggi della sua nuova patria, illegittimamente acquistati, e di cui la fonte è un fatto avvenuto sul territorio di questa e per le leggi di questa giuridicamente nullo, prima della mutazione di nazionalità.

Finalmente un altro caso si può prevedere in cui noi dobbiamo riconoscere la nullità di un matrimonio contratto civilmente in Italia da due stranieri: è il famoso caso Martinez Campos: la signorina di tal nome, spagnuola, sposato uno spagnuolo a Parigi, prima civilmente, poi, come stabiliva la legge personale degli sposi, anche religiosamente, domanda all'autorità giudiziaria francese l'annullamento del matrimonio per causa d'impotenza del marito: dichiaratosi il tribunale della Senna incompetente, essa si rivolge alla autorità che sola aveva la competenza secondo le leggi spagnuole per giudicare le cause matrimoniali, la Sacra Congregazione del Sant'Ufficio, la quale dichiara nullo il matrimonio. Si dovrà in Francia od in Italia, se il caso si fosse presentato qui, riconoscere effetti alla sentenza della Congregazione? Senza dubbio sì; quando questa sia competente secondo la legge degli sposi e la causa dell'annullamento non sia

contraria ai principii nostri d'ordine pubblico e buon costume, nulla deve opporsi: non si potrebbe negare effetti alla sentenza sostenendo che per noi la Sacra Congregazione è un tribunale privo di qualsiasi autorità nelle cause matrimoniali: se tale autorità gli è riconosciuta dalla legge spagnuola, non possiamo noi giudicare della competenza di un tribunale straniero, con le norme della nostra procedura civile (1): il caso poi sarebbe differente e non si dovrebbe invece riconoscere nessun effetto a questo giudicato, se, per nuova ipotesi, esso avesse annullato il matrimonio perchè questo fosse stato celebrato solo civilmente in Italia e non religiosamente come richiedeva la legge spagnuola.

Tutto questo per i matrimoni celebrati religiosamente in Italia: se poi uno degli sposi o ambedue fossero scozzesi o americani del Nord e in Italia si scambiassero i consensi senza solennità alcuna dovrebbe forse la nostra soluzione essere differente? Il caso non è molto studiato, fors'anche perchè la soluzione contraria alla validità naturalmente s'impone: tuttavia alcuni giuristi ne trattano. Il Filomusi che pure, come abbiamo veduto, crede validi i matrimoni religiosamente contratti in Italia da stranieri dello stesso Stato secondo la loro forma nazionale, li crede nulli nel caso in questione perchè una forma solenne di celebrazione del matrimonio è ritenuta dal diritto moderno come condizione sostanziale di quel consorzio di tutta la vita, il quale forma un tutto organico nel seno della società civile ed è base della costituzione naturale d'un popolo (2). Il Weiss, che nel primo caso preveduto dal Filomusi crede il matrimonio nullo perchè contrario all'ordine pubblico internazionale, nell'ipotesi invece del matrimonio consensuale lo crede valido, perchè non contrario a codesto ordine pubblico internazionale; nulla si oppone, secondo lui, a che un matrimonio celebrato in Francia *solo consensu* da due americani sia in Francia valido (3).

Per noi dubbio non vi può essere: le ragioni che ci indussero a creder nullo di fronte alla nostra legge il matrimonio religioso

(1) Vedi largamente esposto il caso e la soluzione del Clunet, analoga alla nostra nel *J. D. I. P.*, 1887, pag. 451 e seg.

(2) Filomusi-Guelfi, nota cit., *Foro*, II, 1201.

(3) Weiss, *op. cit.*, pag. 481. Naturalmente anche il Durand (*op. cit.*, n° 56) li crede validi, e ciò per la solita sua ragione che unica legge competente a regolare le forme è la nazionale delle parti: è inutile ed impossibile ripeter qui tutto quanto abbiamo detto per dimostrare il contrario.

celebrato da stranieri in Italia, valgono perfettamente anche in questo caso: il matrimonio *solo consensu* fatto in Italia per noi non può essere che invalido. La legge straniera nullo non lo vorrà credere; a noi ciò poco monta; non si può per questo attribuire ad essa tale efficacia estraterritoriale da obbligarci a riconoscere in omaggio ad essa come valido matrimonio quello che per noi è solo concubinaggio. È del resto inutile e vano aggiungere agli argomenti nostri quelli del Filomusi che, condotti logicamente alle ultime conseguenze, dovrebbero farci creder nulli anche i matrimoni conclusi non solennemente da due italiani in America (cosa che, come vedremo, non possiamo ammettere) o combattere il Weiss, il quale fonda i suoi ragionamenti su codesto ordine pubblico internazionale, il quale, a nostro sommesso avviso, non prova nulla, ed è poi nel caso speciale solo ed esclusivamente ordine pubblico *francese*, per quanto egli voglia chiamarlo *internazionale*. Gli argomenti nostri ci sembrano sufficienti a credere coll'Olivi (1), col Surville (2), coll'Audinet (3), col Bressolles (4) per i giudici italiani o francesi nullo anche tal matrimonio *solo consensu* conchiuso in Italia.

6. Fin qui della validità dei matrimoni contratti dagli stranieri in Italia, Francia ed altri paesi, di cui al n° 3, e dal punto di vista della legislazione di tali paesi. Vediamo ora come dai giudici di questi Stati debba giudicarsi della validità dei matrimoni celebrati dai loro concittadini all'estero.

Le stesse ragioni che indussero alcuni legislatori come il germanico ad imporre la forma territoriale del matrimonio a tutti gli stranieri che nello Stato lo contraggono e, dove una disposizione speciale manca, indussero la giurisprudenza a interpretare in tale senso le disposizioni generali sulla forma degli atti, valgono anche per sottoporre assolutamente i cittadini all'estero alle forme locali. Ed invero il principio d'ordine e di diritto pubblico, da cui deriva la prima disposizione, non può aver valore al di là dei confini del territorio; e come in Italia, il legislatore italiano si riconosce il diritto di imporre la sua forma territoriale agli stranieri, così ha conseguentemente il

---

(1) Olivi, *op. cit.*, *R. D. I.*, 1883, pag. 238.

(2) Surville-Artuys, *op. cit.*, n° 285.

(3) Audinet, *op. cit.*, n° 535.

(4) Bressolles, *Questions de dr. internat.*, pag. 19 in Weiss, *op. cit.*, loc. cit. Vedi anche *R. P. D. I. P.*, 1890-91, pag. 227 e Pic, *op. cit.*, pag. 97.

dovere di riconoscere l'autorità degli altri Stati a sottoporre alle forme vigenti nel loro territorio gli stranieri che in questo contraessero matrimonio: la disposizione dell'art. 100 Cod. civ. non è che una conseguenza direttamente logica e necessaria dell'art. 9 Disp. prel. nella sua applicazione al matrimonio.

Nessun dubbio poi può sorgere circa alla validità del matrimonio seguìto all'estero fra cittadini o fra cittadini e stranieri secondo le forme locali di fronte alle disposizioni del diritto positivo dei vari Stati da noi riportate (1), e in tutto simili all'art. 100 del Cod. nostro. Quindi, se un italiano, un francese, un belga, ecc. (2) compie il matrimonio all'estero, alla sola *lex loci* dovremo riferirci per giudicare se è valido: questa stabilirà se la celebrazione deve essere civile o religiosa, se, essendo religiosa, devono osservarsi le prescrizioni tridentine o le antitridentine e quale sia il sacerdote competente, se allo straniero è lasciata facoltà di scelta fra la forma civile e la religiosa, quanti debbano essere i testimoni, se e da quanto tempo debbano aver gli sposi colà il domicilio o la residenza, insomma tutto quanto alla forma si riferisce. La dottrina (3) e la giurisprudenza (4) sono in

---

(1) Vedi sopra n° 3.

(2) Quanto diciamo riguarda solo le legislazioni e i cittadini degli Stati di cui al n° 3 di questo cap.

(3) Rocco, *op. cit.*, vol. II, cap. xx; Fiore, *op. cit.*, vol. II, n° 541 e *Du mar. célébré, ecc.*, loc. cit.; Esperson, *op. cit.*, n[i] 28 e 75, *J. D. I. P.*, 1880, pag. 341 e 1882, pag. 165; Catellani, *op. cit.*, cap. v, n° 463; Lomonaco, *op. cit.*, pag. 187 e seg.; Bianchi E., *Saggio*, pag. 23 e seg.; Laurent, *op. cit.*, vol. IV, n° 234; Weiss, *op. cit.*, pag. 467; Surville-Artuys, *op. cit.*, n[i] 276 e 284; Audinet, *op. cit.*, n[i] 522-25; Duguit, *op. cit.*, pag. 73; Garin, *Cond. réq. pour la valid. du mar.*, pag. 277; Febvre, *op. cit.*, pag. 115; Foelix-Demangeat, *op. cit.*, vol. II, n° 2, pag. 363; Duhaut, *op. cit.*, pag. 321; Brocher, *Cours*, vol. I, n° 89 e *Nouveau Traité*, n° 38; Asser, *op. cit.*, n° 47; Crépon-Lehr, *Manuel des actes de l'état civil*, n[i] 1277 e seg.; Verger, *op. cit.*, pag. 43 e seg.; Roblin, *Des mar. contr. en pays étr.*, pag. 86 e 115; Bard, *op. cit.*, n° 143; Despagnet, *op. cit.*, n° 319; Stocquart, *Comm. à la loi 20 mai* 1882; Picard, *Val. et eff. des actes passés en pays étr.*, n° 76, *J. D. I. P.*, 1881, pag. 485 e *Célébr. du mar. des Belges en pays étr.*, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 46; Aubry-Rau, *op. cit.*, tomo V, pag. 121; Demolombe, vol. III, pag. 317; Roguin, *Conflit des lois suisses*, n[i] 43 e seg.; *Guide pour les offic. de l'état civ. de la Suisse*, n[i] 111 e seg.; Calvo, *op. cit.*, vol. II, § 754; Savigny, *op. cit.*, vol. VIII, § 381; Muheim, *op. cit.*, pag. 192.

(4) Cass. Torino, 29 luglio 1870, Rep. Pacifici-Mazzoni, vol. III, § Matr., n° 42; App. Napoli, 4 febbraio 1870, Ibidem, n° 49; Cass. francese, 16 giugno 1829, S. 30, 1, 312; Bordeaux, 10 agosto 1831, S. 32, 2, 105; Cass., 9 novembre

questo concordi: abbiamo moltissime sentenze che dichiarano valido il matrimonio celebrato all'estero da un prete, da un rabbino, da un pastore, che riconoscono il diritto di scelta che hanno gli sposi fra la forma civile e la religiosa se la legge locale tale scelta ammette, che dichiarano invece nullo il matrimonio celebrato all'estero senza osservanza della *lex loci*: questa in tutti i casi assolutamente impera. A questa opinione generale, alla quale noi ben volentieri aderiamo, fa eccezione un'interessante sentenza germanica.

La sentenza del Tribunale dell'Impero, in data 27 gennaio 1887 (1), riguarda il caso di un matrimonio contratto a Buenos-Ayres fra un tedesco protestante ed una tedesca cattolica: l'unione era stata benedetta dal pastore protestante ma non dal prete cattolico competente, e il Cod. civ. argentino all'art. 181 (abrogato poi dalla legge sul matrimonio civile 1° aprile 1889) recava che « è nullo il matrimonio celebrato da sacerdoti dissidenti, quando uno degli sposi sia cattolico, se non è immediatamente seguìto dalla celebrazione davanti al parroco cattolico ». Il Tribunale giudicò valido il matrimonio interpretando la regola *l. r. a.* accolta, se non nella legge dell'Impero del 1875, in molte

---

1846, S. 47, 1, 55; Aix, 20 marzo 1862, S. 62, 2, 387; Cass., 18 aprile 1865, S. 65, 1, 317; Aix, 19 dicembre 1877, *J. D. I. P.*, 1878, pag. 273; Parigi, 30 gennaio 1877 e Cass., 20 gennaio 1879, S. 79, 1, 417; Trib. Senna, 14 marzo 1879, *J. D. I. P.*, 1879, pag. 547; Trib. Bordeaux, 28 dicembre 1885 e 21 dicembre 1886, *Journ. Bordeaux*, 87, 1, 96; Trib. Havre, 27 dicembre 1873 e Rouen, 1° aprile 1874, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 273; Trib. cons. francese Costantinopoli, 1° giugno 1877, Ib., 1878, pag. 273; Trib. Senna, 14 marzo 1879, Ib., 1879, pag. 281 e 547; Trib. Avignone, 14 dicembre 1880, Ib., 1881, pag. 516; Lyon, 24 febbraio 1881, Ib., 1881, pag. 518; Trib. Senna, 24 gennaio 1882, Ib., 1882, pag. 84; Cass., 14 dicembre 1880, Ib., 1882, pag. 85; Trib. Senna, 5 dicembre 1883, Ib., 1884, pag. 293; Bordeaux, 21 dicembre 1886, Ib., 1887, pag. 600; Trib. Senna, 26 aprile 1886 e 14 giugno 1887, Ib., 1889, pag. 104; Trib. cons. francese Costantinopoli, 12 settembre 1890, Ib., 1890, pag. 914; Trib. Narbonne, 10 novembre 1891, Ib., 1892, pag. 457; Trib. Senna, 12 luglio 1888, *Diction. dr. int.*, 1888, v° *Mariage*, n° 3; Trib. Sidi-bel-Abbés, 4 giugno 1889, Ib., 1889, n° 7; Trib. Épinal, 16 agosto 1889, Ib., n° 9; Trib. Senna, 6 febbraio 1890 e 20 aprile 1891, *R. P. D. I. P.*, table n° 9, ecc.; Bruxelles, 26 novembre 1875, *J. D. I. P.*, 1876, pag. 298; Trib. Anversa, 14 novembre 1878, Ib., 1881, pag. 85 e 11 maggio 1888, *Dict.* 1888, v° *Mariage*, n° 4, ecc.; Trib. federale svizzero, 23 dicembre 1875, 18 marzo e 18 ottobre 1876, *J. D. I. P.*, 1876, pag. 513.

(1) *J. D. I. P.*, 1889, pag. 308. Vedi altre eguali sentenze 21 giugno 1845 e 27 gennaio 1887, Ibidem e in Von Bar, *op. cit.*, vol. I, n° 164, nota 3.

leggi speciali dei vari Stati germanici, nel senso che sia soltanto facoltativa. Quando due tedeschi sposano all'estero, dice la sentenza, possono senza dubbio ricorrere alle forme usate nel luogo della celebrazione, ma possono anche validamente maritarsi osservando le forme prescritte dalla legge del luogo che governa il loro matrimonio in generale, ossia dalla legge del domicilio del marito; nel caso, quindi. dalla legge tedesca.

Non sappiamo se la giurisprudenza germanica abbia continuato a interpretare così la regola *l. r. a.* (che rispetto al matrimonio è sancita nelle leggi speciali degli Stati germanici) anche dopo che la legge dell'Impero del 1875 ha stabilita che nessun matrimonio seguìto in Germania sarà valido se non conchiuso davanti all'ufficiale dello stato civile; veramente dopo che il legislatore tedesco ha in tal modo sottoposto assolutamente gli stranieri alle sue forme territoriali, sarebbe logico che la giurisprudenza interpretasse la regola *l. r. a.* come obbligatoria anche per i tedeschi all'estero; ma probabilmente non è così, perchè la dottrina prevalente in Germania sembra appunto favorevole a concederle valore solo facoltativo; lo ricaviamo dal fatto che nel progetto del Cod. civ. germanico si sottopone la forma degli atti alla legge che regola in generale il negozio giuridico, ammettendo pure, ma solo come sufficiente e non come necessaria, la forma della *lex loci* (1), e dalle parole del von Bar, il quale, rispecchiando la teoria che dice esser prevalente nel suo paese, sostiene che « se le parti hanno la materiale possibilità di seguire all'estero la forma della loro legge nazionale, il matrimonio così conchiuso deve esser valido » (2).

Non occorrono molte parole per mostrare i gravissimi inconvenienti pratici che si verificherebbero se l'interpretazione data alla

---

(1) Vedi sopra Parte gen., capo v, n° 8. Non bisogna però dimenticare di notare che nello stesso progetto l'art. 16 reca: « La forma del matrimonio si determina esclusivamente secondo le leggi del luogo nel quale il matrimonio è stato conchiuso ».

(2) Von Bar, *op. cit.*, vol. I, n° 164. Non si può comprendere poi come il von Bar di seguito alle parole citate abbia potuto scrivere: « Questa è l'opinione che senza dubbio serve di base alle disposizioni degli art. 165 e seg. del Code civil ». Il von Bar ha evidentemente dimenticato d'avvertire che la possibilità materiale di celebrare all'estero il matrimonio in una forma che sia ad un tempo uguale a quella nazionale delle parti e differente da quella richiesta dalla *lex loci*, c'è solo per i cittadini di uno Stato, il quale abbia la forma religiosa del matrimonio: per i francesi, come per tutti i sudditi di Stati che abbiano accolto il matrimonio civile, tale possibilità materiale manca assolu-

regola *l. r. a.* dal Tribunale dell'Impero fosse accolta dalla giurisprudenza di molti Stati: infatti, non solo il valore facoltativo che le si vuol attribuire in Germania, in opposizione al valore obbligatorio concessole generalmente, renderebbe nulli all'estero molti matrimoni calcolati validi in Germania, e si verrebbe così ad interrompere o a ritardare almeno la diffusione, che finora si va facendo sempre maggiore ogni giorno più, di quella benefica armonia fra le disposizioni legislative relative alla forma dei matrimoni celebrati all'estero, ma nuovo elemento di incertezza e di difficoltà si aggiungerebbe dal fatto che mentre per il Tribunale dell'Impero la legge alla quale le parti per la forma del matrimonio possono uniformarsi è la legge del domicilio del marito, come quella che regola in generale il matrimonio (1), per noi invece dovrebbe essere quella dello Stato cui appartiene il marito: e da ciò nuovi e più gravi conflitti.

Prima di abbandonare l'argomento della validità dei matrimoni conclusi all'estero da cittadini di Stati a matrimonio civile un ultimo dubbio ci rimane da chiarire. Il Fiore (2) suppone il caso di due italiani, i quali si trovino in un paese dove il matrimonio è considerato insieme come un atto civile e religioso e non è reputato perfetto che mediante l'intervento di un ministro del culto. Gli sposi, di cui la legge nazionale italiana non vede nel matrimonio altro che un atto civile, non hanno osservato che le solennità civili senza ricorrere alla autorità religiosa. Il loro matrimonio sarà valido? « Bisogna riconoscere, continua, che oggi in quasi tutti i paesi in cui il carattere religioso del matrimonio è stato elevato all'altezza di sacramento, si distingue sempre in questo atto una doppia natura. Esso non è sottoposto alla legge ecclesiastica che come sacramento. In quanto a isti-

---

tamente: ed invero i francesi non possono celebrare all'estero il loro matrimonio civilmente, ossia secondo la forma loro nazionale, che nei paesi i quali ammettono il matrimonio civile, ed in tal caso la forma loro nazionale e la forma locale essendo identiche, non è assolutamente possibile che si uniformino alla prima senza uniformarsi in pari tempo anche alla seconda. È questa la migliore dimostrazione che il legislatore francese non intese affatto, come crede il von Bar, di stabilire solo facoltativamente la regola *l. r. a.* per il matrimonio dei suoi concittadini all'estero: e dato pure che questa intenzione avesse avuto e l'avesse anche espressa nel Codice, avrebbe fatto opera perfettamente vana. Vedi sopra identico caso, nota 8, pag. 188.

(1) Vedi loc. cit. in nota 1, pag. 221.

(2) Fiore, *Du mar. célébré etc.*, n° 12, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 299 e *Trattato*, vol. II, n° 572.

tuzione civile dipende dalla autorità laica. Per ciò quando tutte le formalità richieste da questa saranno state compiute, dovrà essere considerato dai nostri tribunali come valido quanto alla forma, perchè questa soddisfa a tutte le esigenze della nostra legge civile ».

Ci duole di non poter seguire l'opinione dell'illustre giurista: l'articolo 100 si riferisce esclusivamente, per la validità del matrimonio, alle *forme stabilite* nel luogo di conchiusione; ora procedendo alla sola celebrazione civile si compie solo una parte delle forme locali ma non si soddisfa completamente alle esigenze del rito locale: e quando è lasciata dal Cod. per questo punto alla legge territoriale straniera esclusiva competenza, non può esser questa intesa con la restrizione che alla legge italiana si dovrà riferirsi per sapere quali formalità della celebrazione siano necessarie e quali superflue: ancora, il matrimonio è come sacramento sottoposto all'autorità ecclesiastica e come istituzione civile solo all'autorità laica solo in quei paesi, come l'Italia, dove il matrimonio valido è soltanto il civile, pur lasciando libere le parti di procedere anche al religioso ma senza riconoscere a questo alcun effetto giuridico; ma in uno Stato che abbia stabilito che il matrimonio non è valido se non compiuto e nella forma civile e nella forma religiosa insieme, la celebrazione religiosa è essenzialmente una formalità richiesta dalla legge civile, non è soltanto un sacramento: e gli italiani che colà compiono solo il rito civile non possono pretendere di aver con ciò compiuto tutte le formalità richieste dalla legge civile. Nè la nostra opinione può esser scossa dall'altra osservazione del Fiore che « il matrimonio essendo l'atto costitutivo della famiglia è intieramente sottomesso alla legge nazionale dei contraenti. Spetta a quest'ultima il determinare le condizioni essenziali della sua esistenza giuridica. La questione di sapere quali sono le condizioni indispensabili perchè il matrimonio esista in quanto è atto civile, non sono, propriamente parlando, questioni di forma »; ma il matrimonio rimane completamente sottomesso per la capacità delle parti, per gli effetti, ecc., alla legge nazionale dei contraenti, anche se la forma non è quella da essa legge prescritta; e quando poi il legislatore italiano ha scritto l'art. 100, è proprio la legge nazionale delle parti quella che riconoscendo competenza alla legge locale per stabilire la forma del matrimonio ha determinato anche in questa parte le condizioni essenziali della sua esistenza giuridica: nè non riconoscere tale competenza poteva, perchè altrimenti sarebbe venuto a negare la regola *l. r. a.*, ciò che anche secondo il Fiore sarebbe stato

assurdo, non dovendo il legislatore di nessun paese pretendere di dettar legge al mondo.

Tutto questo può esser pure ripetuto circa alla soluzione data dal Laurent ad una ipotesi in tutto simile a quella determinata, sebbene più generale: il Laurent sostiene che dei vizi di forma dei matrimoni contratti da francesi all'estero si deve giudicare secondo le leggi francesi e non secondo le leggi straniere: se due francesi, per es., celebrano il loro matrimonio in Inghilterra ma questo fosse, secondo le leggi inglesi, nullo per vizio di forma, non potrebbe esser in Francia attaccato di nullità per la stessa causa altro che nei casi e sotto le condizioni previste dalla legge francese (1). Non arriviamo a comprendere come si possa sostenere che la legge francese relativa alle forme francesi si possa invocare per giudicare della validità delle forme straniere: sarebbe analogicamente lo stesso come se una Corte italiana, investita del giudizio di delibazione di una sentenza straniera, esaminasse, a norma dell'art. 941, n° 1, Cod. proc. civ., se è stata pronunciata da una autorità giudiziaria competente, con i criteri e le regole che determinano la competenza dei magistrati italiani. Inoltre avendo l'art. 170 del Cod. civ. francese stabilito la regola *l. r. a.* per i matrimoni dei francesi all'estero non può esservi, nel caso dato, un matrimonio che sia nullo in Inghilterra per difetto di forme inglesi e che non sia nullo al tempo stesso in Francia per inosservanza dello articolo 170.

Gli art. 100 Cod. civ. nostro, 170 Cod. civ. francese e gli altri simili delle altre legislazioni sono applicabili anche ai matrimoni consensuali conclusi da cittadini in Scozia o nell'America del Nord o in altri Stati nei quali *consensus facit nuptias?* Tutti ad una voce rispondono di sì: la dottrina e la giurisprudenza citate più su dichiarano la regola nostra valere assolutamente anche in questo caso (2). Un dubbio, ma un semplice dubbio, può sorgere per quelle legislazioni che non parlano di matrimoni *seguìti* o *conchiusi* in paese straniero, ma di

(1) Laurent, *op. cit.*, vol. IV, n° 267, *Contra* Chrétien, *Nota* ibidem; Despagnet, *op. cit.*, n° 319; Febvre, *op. cit.*, pag. 123.

(2) Vedi autori e giurispr. citati a note 2 e 3, pag. 234, e più specialmente Fiore, Olivi, Weiss, Laurent, Duguit; Audinet, *op. cit.*, loc. cit., Cass. franc., 10 dicembre 1841, S. 42, 1, 321; Bordeaux, 14 marzo 1849, *D. P.*, 1852, 2, 13; Cass., 13 gennaio 1857, S. 57, 1, 81; Parigi, 20 gennaio 1873, *J. D. I. P.*, 1874, pag. 243; Trib. Anversa, 30 gennaio 1886, *Journ. des trib.*, 311; Trib. Senna, 20 aprile 1891, *J. D. I. P.*, 1891, pag. 932.

matrimoni *celebrati* all'estero, e si può osservare che, p. es., l'art. 170 Cod. civ. francese riferendosi « aux mariages *célébrés* dans les *formes* » straniere sembra aver escluso dalle sue previsioni l'unione contratta *solo consensu* e aver riservato il beneficio della regola *l. r. a.* ai soli matrimoni la cui conchiusione si afferma mediante una celebrazione solenne; ma a questa osservazione generalmente si risponde che la intenzione del legislatore francese non può esser fraintesa: esso volle rendere accessibile il matrimonio ai francesi dovunque si trovassero e far loro profittare dei benefizi della regola *l. r. a.*: questa intenzione sarebbe misconosciuta se si pretendesse, sotto il pretesto che la *lex loci* riduce a niente o a quasi niente le formalità del matrimonio, di dichiarare i francesi incapaci di fondare una famiglia sul territorio da quella legge retto (1).

Esattamente quindi il Catellani rispecchia l'opinione universale scrivendo (2) « esser fuor di dubbio che in Italia » (e ciò che vale per noi vale anche per ogni altra legislazione uguale in questo punto alla nostra) « sarà riconosciuto come valido il matrimonio consensuale contratto da due italiani o da un italiano e uno straniero in Scozia o negli Stati Uniti ».

Pur non contestando la verità di tale conclusione e sebbene tale assoluta unanimità della dottrina e della giurisprudenza ci possa fare esitanti, a noi non sembra almeno che si possa dire essere in ogni caso validi quei matrimoni *per applicazione della regola l. r. a.* o meglio per applicazione dell'art. 100 e degli altri simili.

Vediamo prima di tutto che cosa è necessario in America, e lo stesso vale per la Scozia (3), per riconoscere la validità di un matrimonio. Abbiamo già detto più sopra (4) come negli Stati Uniti si contragga un matrimonio regolare, e come colà un matrimonio non celebrato con le formalità richieste dalla legge sia irregolare, ma non sia nullo. La *common law*, vigente in tutto il territorio degli Stati Uniti, non esige assolutamente, per rendere una unione legale e valida, nè cerimonia alcuna, nè celebrazione davanti a un magistrato-ministro o prete: basta che le parti consentano a prendersi reciprocamente come

---

(1) LAURENT, WEISS, DUGUIT, *op. cit.*, loc. cit.

(2) CATELLANI, *op. cit.*, cap. V, n° 463.

(3) Vedi GONSE, *op. cit.*, *B. S. L. C.*, 1874-75 e De Thoren c. Attorney general, *J. D. I. P.*, 1877, pag. 443.

(4) N° 2, pag. 202.

marito e moglie; quindi il consenso espresso in presenza di testimoni o anche senza testimoni, o davanti a un magistrato non competente o ad uno vestito da sacerdote anche se non è tale, manifestato in un atto scritto, in una convenzione matrimoniale, in una lettera od anche verbalmente, *per verba de presenti* o *per verba de futuro*, lo scambio degli anelli, ecc., ecc., bastano a render valida e legale l'unione (1): ora per questi matrimoni irregolari così contratti nessuna difficoltà; una forma dell'unione, per quanto non solenne, per quanto semplice, embrionale, per dir così, non manca, e se due italiani in America in tal modo contraggono matrimonio questo dovrà esser valido anche in Italia e lo dovrà essere per applicazione dell'art. 100.

Ma negli Stati Uniti ha vigore un altro principio ancora: la *common law* favorisce il matrimonio e la legittimità e « presume l'esistenza del matrimonio ogni volta che ciò sia possibile » (2): e quindi, indipendentemente da ogni regolare o irregolare prestazione del consenso, la coabitazione, il portar la donna il nome dell'uomo con cui vive, l'esser notoriamente trattata come moglie, la confessione delle parti, o di una sola fra esse, l'aver ricevuto la donna in famiglia, la vita in comune anche per brevissimo tempo (3), ecc., ecc., sono tutte circostanze ognuna delle quali basta a far presumere e se v'è conte-

---

(1) Vedi Rorer, *American interstate law*, chap. XVIII; Story, *On the confl. of laws*, chap. V e seg.; Wharton, *On the confl. of laws*, § 173 e *Du mar. aux États Unis*, *J. D. I. P.*, 1879, pag. 229, 511; Lawrence, *op. cit.*, pag. 323 e seg.; De Varigny, *Le mar. et le div. aux États Unis*, *Revue Deux Mondes*, 1° settembre 1889, pag. 65 e seg.; Corte Supr. Stati Uniti, Meister c. Moore, *J. D. I. P.*, 1878, pag. 541; Corte del Missouri, 1879, Dyer c. Brannock, Ibidem, 1880, pag. 315; Teet c. Teet, *American Law-Review*, 1884, pag. 461; Corte Supr. Illinois, 17 giugno 1887, *Albany Law Journal*, vol. 36, pag. 269; *J. D. I. P.*, 1892, pag. 1101.

(2) Corte Supr. Stati Uniti, *J. D. I. P.*, 1874, pag. 216.

(3) Corte Supr. degli Stati Uniti a Washington, Caujolle c. Ferrié, *J. D. I. P.*, 1874, pag. 216, Ibidem, 1875, pag. 317 e 1876, pag. 207; Corte supr. Stati Uniti, Meister c. Moore, Ibidem, 1878, pag. 541; Corte Missouri, Dyer c. Brannock, Ibidem, 1880, pag. 315; Corte app. Nuova York, 11 aprile 1882, Badger c. Badger, Ibidem, 1883, pag. 414; Corte Supr. Pennsylvania, 4 ottobre 1886, Ibidem, 1887, pag. 663; Corte app. Nuova York, 6 marzo 1883, Hynes c. Dermott, *Albany Law Journal*, 1883, pag. 249; Corte Supr. Ohio, gennaio 1884, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 614; Corte Supr. Illinois, 17 giugno 1887, Ibidem, 1888, pag. 140 ed altre sentenze ivi citate; Lawrence, *op. cit.*, pag. 324, 326, 329, ecc.; De Varigny, *op. cit.*, pag. 70, 72; Koenig, *Mar. contr. par des angl. à l'étr.*, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 278.

stazione a far dichiarare dai magistrati il matrimonio: che più? l'aver i servitori di un albergo creduto che un signore ed una signora che colà si fermarono pochi giorni fossero marito e moglie, è stata prova sufficiente per un giudice della legittimità della loro unione (1). Insomma tutte queste circostanze che da noi singolarmente prese sarebbe assurdo invocare per provare il possesso di stato, servono magnificamente in America per tale prova e colà « il possesso di stato stabilisce in favore dell'esistenza del matrimonio una presunzione potentissima che non può esser distrutta che da una prova contraria chiara, precisa e concludente » (2). È da notarsi però che codeste prove del possesso di stato devono essere di natura tale da convincere i giudici e i giurati che hanno sempre diritto di apprezzarne la efficacia (3); ma pare che generalmente la loro convinzione si ottenga con poco.

Ora fra i matrimoni pure irregolari, ma contratti mediante un consenso prestato formalmente, e questi, la differenza giuridica è notevole. Quelli si conchiudono mediante una certa forma; questi non si può realmente dire che siano *conchiusi;* i primi risultano dall'incontro momentaneo di due volontà quale si ha nel contratto, i secondi dal possesso di stato, che fa supporre un concorso costante e continuato di due volontà; per i primi, prestato il consenso, il matrimonio è valido, per i secondi anche se le parti, al momento del giudizio, negano di aver mai inteso vivere come marito e moglie, sono come tali ritenuti dal giudice, se a lui sembri risultare il consenso dalla *individua vitae consuetudo*, dal *consortium omnis vitae*, anche di pochi giorni o da altre circostanze antecedenti: i primi sono veri e propri atti giuridici, sono manifestazioni di volontà intese a produrre effetti giuridici, i secondi sono fatti che producono conseguenze giuridiche; nei primi insomma ciò che si deve prendere in considerazione è il titolo del matrimonio, lo scambio istantaneo dei consensi; nei secondi il possesso di stato che al titolo si sostituisce: e ciò risulta chiaramente dalla giurisprudenza americana, la quale, se constata che il consenso è stato formalmente prestato, dichiara valido il matrimonio senza curarsi d'altro, precisamente come nel caso di

(1) De Varigny, *op. cit.*, pag. 80.

(2) Corte app. Nuova York, 6 marzo 1883, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 428.

(3) *J. D. I. P.*, 1875, pag. 317; 1876, pag. 207; Corte app. Nuova York, 6 marzo 1883, Ibidem, 1884, pag. 428; Corte Supr. Pennsylvania, 4 ottobre 1886, Ibidem, 1887, pag. 663.

un matrimonio regolare (1); e invece ha ripetutamente giudicato che « la coabitazione e la comune riputazione (*habit and repute*) non possono da sole costituire il matrimonio: sono soltanto circostanze che possono far presumere il matrimonio: e questa presunzione è suscettibile d'esser combattuta da altri fatti e circostanze » (2).

Ora com'è possibile applicare al possesso di stato, a questo fatto giuridico, la regola *l. r. a.* che si riferisce agli *atti* giuridici e ne regola la *forma?* come si può in questo caso parlare di atti e di forma? E non ci si risponda che se qui non si tratta di atti si tratta però della prova, la quale, avendo vigore la regola *l. r. a.*, deve pure esser data secondo la *lex loci*, chè potremmo a questa osservazione rispondere esser giusto ricorrere alla *lex loci* per la prova di un atto come anche per la prova di un fatto, ma che è sostanzialmente differente il riconoscere in Italia effetti giuridici ad un atto concluso all'estero da nostri cittadini secondo le forme locali, ed il riconoscere in Italia le conseguenze giuridiche che produce all'estero, relativamente ad italiani, un fatto sia pure provato secondo la *lex loci:* che se questa poi si volesse applicare anche per giudicare delle conseguenze giuridiche del fatto, si arriverà forse a sostenerlo e anche a dimostrarlo, ma partendo da premesse differenti, da un ordine d'idee e di principii tutt'affatto diversi da quelli che giustificano e fanno accettare nelle legislazioni la regola *l. r. a.*

E ad ogni modo poi non ci si potrà negare che quando il giudice nostro riconosce valido il matrimonio contratto regolarmente o irregolarmente, ma con formale scambio dei consensi da due italiani in America, lo fa per una applicazione pura e semplice dell'art. 100, cioè del principio *l. r. a.*, e quando invece riconoscesse valido il matrimonio *by habit and repute* lo farebbe per una discutibile deduzione dall'art. 100 applicata alla prova di un fatto.

Ora noi non vogliamo entrare nella questione se del possesso di stato si debba giudicare secondo la *lex loci* o la legge nazionale delle

---

(1) Vedi autori e sentenze cit. a nota 1, pag. 227.

(2) Sent. cit. a nota 3, pag. 227, e specialmente Corte Supr. Pennsylvania, 4 ottobre 1886, *J. D. I. P.*, 1887, pag. 663. È naturale poi che moltissime volte, ma però non sempre, i magistrati americani giudichino della validità dei matrimoni irregolari, fondandosi più sul *habit and repute*, che sulla formale prestazione del consenso, anche se questa ha avuto luogo, e ciò per la maggiore facilità di provare l'abitudine e riputazione che la prestazione irregolare del consenso.

parti: il Brocher sostiene la prima opinione, il Fiore la seconda (1): ora ciò non ci riguarda; noi non possiamo nè vogliamo trattare della prova degli atti nel diritto internazionale, per non confondere insieme due ordini d'idee differenti (sebbene da molti punti di contatto collegate insieme): altra cosa è la validità di un atto, altra la prova di questo e altra ancora, come nel caso, la prova di un fatto. Noi possiamo anche per un momento ammettere (sebbene fortemente ne dubitiamo) che tutti i matrimoni *by habit and repute* degli italiani agli Stati Uniti siano riconosciuti validi dai giudici nostri; ciò non invaliderebbe affatto la nostra tesi, che cioè questa loro validità non potrebbe dipendere dalla semplice applicazione della regola *l. r. a.*, cioè degli art. 9 e 100 Cod. civ. (2).

La nostra teoria ha pur l'altro vantaggio di permettere ai giudici di uno Stato come l'Italia in cui il matrimonio è indissolubile, di non far pesare sui cittadini italiani che si trovano agli Stati Uniti le conseguenze, pel nostro stato sociale e giuridico assurde, derivanti in America dall'ambiente così differente dal nostro: è naturale difatti che agli Stati Uniti, in questo paese dove abbiamo un divorzio su dieci matrimoni al Connecticut, uno su sette in California, dove complessivamente i divorzi pronunciati dal 1879 al 1889 furono 328,716 (3), vi sia una così grande facilità di contrarre matrimonio, e si presuma in favore della validità della unione e della legittimità dei figli ogni qual volta ciò sia largamente possibile: i modi per sciogliere i vincoli contratti non mancano: le cause di divorzio sono circa 16; se una non può valere in uno Stato dell'Unione, si troverà altro Stato che l'ammette od un terzo, dove alle molte cause di divorzio, ne è aggiunta anche una più larga, più elastica, che spalanca a due battenti la porta già largamente aperta, dove cioè è lasciato

---

(1) Fiore, *op. cit.*, vol. II, n° 551.

(2) Prevediamo l'obbiezione che ci può esser fatta dicendo che per forma intendendo noi i mezzi di manifestazione della volontà, anche la coabitazione e tutte le altre circostanze da cui si induce esistere un matrimonio *by habit and repute*, non sono nel fatto altro che mezzi di manifestare la volontà cui il legislatore riconosce gli effetti matrimoniali: ricordiamo però che noi abbiamo detto essere la forma di un *atto* il complesso degli *elementi estrinseci di validità dell'atto stesso*, quelli cioè che si riferiscono ai mezzi di manifestazione della volontà: il che fa naturalmente cadere la possibile obbiezione.

(3) *Report of colonel Wright to the Senate*, 20 febbraio 1889 in De Varigny, *op. cit.*, pag. 66 e 80.

all'arbitrio delle Corti il diritto di pronunciare il divorzio a loro discrezione (1).

Alla enorme facilità di contrar matrimonio, anche contro la propria volontà, corrisponde la enorme facilità di scioglierlo, e la prima non sarebbe, neppure in America, concepibile, se non vi fosse anche la seconda. Ora non è equo che per gli italiani, i quali non possono divorziare, e se anche ottengono una sentenza di divorzio in America non hanno modo di renderla effettiva in Italia, non è equo che per essi debba esser sempre riconosciuto valido il matrimonio *by habit and repute* che li lega per tutta la vita. È bensì vero che il legislatore ed il giudice, se bene intendono i precetti del diritto internazionale, non debbono instituire un giudizio graduatorio circa alla maggiore bontà e perfezione delle leggi straniere e attribuire efficacia estraterritoriale a quella soltanto che più e meglio corrisponde al loro ideale soggettivo; ma quando al giudice italiano è dato, mantenendo perfetto ossequio alla sua legge, anzi interpretandola nel senso per noi migliore e più giuridicamente esatto, di evitare delle conseguenze inique, ben venga a lui tale autorità. Del resto, con la nostra teoria, quel precetto del diritto internazionale non è punto violato: tutte le leggi straniere quali si siano, purchè relative alla forma del matrimonio, hanno eguale efficacia in Italia; ma quando non più si tratta della forma di un atto, ma delle conseguenze di un fatto, la conclusione può essere differente. Con ciò si soddisfa completamente al diritto, alla equità, alle esigenze pratiche della vita.

7. Fin qui della validità dei matrimoni celebrati da cittadini all'estero o da stranieri nel territorio degli Stati che hanno stabilito la forma esclusivamente civile e di fronte alla legislazione di detti Stati. Ma pur troppo l'accordo fra queste esistenti circa all'ammissione della regola *l. r. a.*, e circa al suo valore obbligatorio, manca fra le legislazioni che rimasero fedeli al concetto del matrimonio religioso o che ammisero solo eccezionalmente il matrimonio civile: alcune fra di esse bensì non spinsero il rispetto al principio religioso fino al punto da non accogliere la regola nei loro Cod. civ.; ma altre, pure accettandola, ne stabiliscono solo il valore facoltativo, ed altre infine vogliono esclusivamente predominanti le forme personali: ciò per quanto riguarda la validità dei matrimoni fatti dai loro citta-

(1) Ibidem, pag. 84.

dini all'estero, che per quello degli stranieri nel territorio stabiliscono unanimi la prevalenza della legge locale.

Fra gli Stati che sancirono senza eccezioni una disposizione legislativa uguale a quella del nostro art. 100 trovano posto:

Il Portogallo, dove l'art. 1065 del Cod. reca: « Il matrimonio contratto in paese straniero fra portoghesi non produce effetti civili nel regno se non è stato contratto in conformità alla legge portoghese salvo ciò che resta stabilito nella seconda parte dell'art. 24 (1), in quanto alla forma esterna della conchiusione ». E l'art. successivo è un'altra applicazione di questo per i matrimoni all'estero fra portoghesi e stranieri (2).

La Svezia che, sebbene non abbia legge su questo punto, sottopone gli stranieri, che sposano sul suo territorio, a tutte le prescrizioni della legge svedese e ammette per i cittadini all'estero la regola *l. r. a.* (3). Il Consiglio di Reggenza, con decreto 20 novembre 1874, risolveva una questione nel senso che « un matrimonio contratto in Danimarca, fra sudditi svedesi, domiciliati in Svezia, nelle forme pienamente sufficienti a legittimare questa unione di fronte alla legge danese, deve esser pure riconosciuto in Svezia come una unione perfettamente legale » (4).

Lo stesso principio sembra pure valere in Norvegia (5).

Il Dominio del Canadà, dove l'art. 135 del Cod. civ. stabilisce: « Il matrimonio celebrato fuori del Canadà fra due persone soggette alla sua legge o delle quali una sola vi è sottomessa è valido se è celebrato nelle forme usitate nel luogo di celebrazione » (6).

---

(1) Detto articolo 24 stabilisce la regola *l. r. a.* Vedi Parte generale, cap. v, nº 5.

(2) Non capisco come il GARNIER (*Internat. Eheschliessungr.*, pag. 54 e 86) si preoccupi tanto degli art. 1057, 1081, 1090 Codice civ. portoghese, da consigliare i portoghesi all'estero di far seguire al matrimonio civile anche il religioso: quegli articoli sono applicabili così agli stranieri come ai portoghesi in Portogallo; per i matrimoni conclusi all'estero la dizione dell'art. 1065 è così chiara che non può lasciar posto a dubbi.

(3) OLIVECRONA, *op. cit.*, *J. D. I. P.*, 1883, pag. 351 e seg.

(4) Hallgren c. il consistorio di Wexio, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 240.

(5) Corte Supr. di Cristiania, 6 aprile 1889, Molstad c. Molstad, *J. D. I. P.*, 1890, pag. 164.

(6) Vedi casi Languedoc c. Laviolette, 8, *Lower Canada Reports*, 257; Connolly c. Woolrich, 11, *Lower Canada Jurist.*, 197 in LEFEBVRE DE BELLEFEUILLE, *op. cit.*, Nota ad art. 135.

In Austria (1) già la Patente del 16 settembre 1785, che modificava la anteriore Patente sul matrimonio del 16 gennaio 1783 stabiliva che i sudditi austriaci che contraggono matrimonio all'estero devono seguire la forma del luogo di conchiusione. Questa disposizione, che deriva pur anche dalla interpretazione dei §§ 4 e 37 del Cod. civ. del 1811, è stata riconfermata dal decreto del 21 dicembre 1815 e dal rescritto del Ministero del culto del 22 luglio 1852: la validità poi dei matrimoni civili contratti da austriaci in Germania è stata riconosciuta il 1° agosto 1876 dalla Luogotenenza di Innspruck e finalmente un rescritto del Ministero dell'interno, in data 12 marzo 1878 riaffermava lo stesso principio rispetto a tutti i paesi civili. Da ciò dunque nessun dubbio: i matrimoni anche civili conclusi da austriaci all'estero saranno validi in Austria, anche se nel luogo di celebrazione la forma civile non fosse loro imposta, ma soltanto permessa (2), come in Inghilterra od in Irlanda (3). In quanto poi al matrimonio celebrato da stranieri in Austria vige pure la regola nostra: eccezion fatta dal caso in cui, essendo entrambi stranieri, sia provato che per la conchiusione hanno avuto riguardo ad un altro diritto (4).

L'art. 156 del Cod. civ. del Perù vuole che ogni matrimonio sia celebrato sul territorio della Repubblica con le formalità stabilite dal

---

(1) Per tutti questi decreti e rescritti ved. Vesque von Puetlingen, *op. cit.*, § 62, 63; Jettel, *op. cit.*, § 13, e il Codice civ. austriaco nella *Manz'sche Gesetzes Ausgabe*, II ed.

(2) Sent. dell'11 aprile 1865 e del 6 marzo 1878 della Corte Suprema, *Sammlung von civilrechtlichen Entscheid.*, vol. V, pag. 2148, e vol. XVI, pag. 6867. Vedi anche le sent. seg. le quali, sebbene non vertano principalmente sulla forma, pure incidentalmente ammettono il principio *l. r. a.*; sono tutte della Supr. Corte austriaca: 9 dicembre 1874, *J. D. I. P.*, 1879, pag. 502; 16 maggio 1876, Ibidem, 1877, pag. 72; 7 marzo e 6 novembre 1883, 26 agosto 1886, Ibidem, 1888, pag. 128, 412, 674.

(3) Ad onta di ciò il Jettel (*op. cit.*, loc. cit.) sostiene che l'osservanza della regola *l. r. a.* per i matrimoni degli stranieri all'estero è solo facoltativa, così che un matrimonio solo religioso celebrato da due austriaci cattolici in Italia, sarebbe in Austria valido. Di fronte però alle esplicite disposizioni di legge citate, mi pare preferibile l'opinione del Vesque (*op. cit.*, § 63) secondo il quale l'unico modo per render valido un matrimonio così celebrato all'estero, sarebbe quello di tornarlo a celebrare in Austria, ed anche in tal caso si dovrebbe riconoscerlo valido solo dalla data della seconda celebrazione. Vedi anche § 74 della Legge per il matrimonio dei cattolici nell'Impero d'Austria dell'8 ottobre 1856.

(4) Vesque v. Puetlingen, *op. cit.*, § 62.

Concilio di Trento, e secondo l'art. 158, il matrimonio contratto fuori del territorio, conformemente alla legge del paese dove è stato conchiuso, è reputato valido per gli effetti civili. Ci mancano però dati sufficienti per sapere esattamente se codesto art. 158 si riferisce oltre che agli stranieri anche ai peruviani che celebrarono matrimonio all'estero (1).

Ma mentre per il Perù il dubbio può sorgere, altri Stati invece chiaramente dichiarano volere esclusivamente la prevalenza della forma loro pei loro nazionali all'estero.

Così la Spagna: nessuna disposizione speciale reca il Cod.; stabilisce bensì in genere, come abbiamo veduto, all'art. 11 la regola *l. r. a.*, ma relativamente ai matrimoni non dice altro che il matrimonio contratto in un paese straniero dove gli atti non siano raccolti su di un registro regolare e autentico, può esser provato con uno dei mezzi di prova ammessi, qualunque sia e che è attribuita ai consoli la competenza dei giudici municipali per i matrimoni degli spagnuoli contratti all'estero (2). Ora questo silenzio del nuovo Codice messo specialmente a confronto con gli art. 40 e 41 della anteriore « Ley provisional » sul matrimonio civile (3) del 1870, e il fatto che le costituzioni della Chiesa e del Concilio di Trento sono riconosciute come leggi del regno per i cattolici, fanno credere all'Audinet (4) che in Spagna non sia riconosciuto valido il matrimonio semplicemente civile conchiuso da spagnuoli all'estero. Del resto anche all'epoca in cui era in vigore la legge del 1870 il Garnier consigliava gli spagnuoli a far seguire dalla celebrazione religiosa il matrimonio civile da loro concluso all'estero (5). Per gli stranieri in Spagna hanno vigore esclusivamente le forme spagnuole (6),

---

(1) Pradier-Fodéré, *De la cond. jurid. des étr. au Pérou*, *J. D. I. P.*, 1879, pag. 47.

(2) Art. 55 e 100.

(3) Stabilivano la prevalenza della legge locale sulla forma del matrimonio, così degli spagnuoli all'estero che degli stranieri in Spagna. Vedi Lehr, *Dr. civ. espagnol*, vol. I, n° 88.

(4) Audinet, *Le dr. intern. pr. dans le nouv. Cod. civ. espagnol*, *J. D. I. P.*, 1891, pag. 1122. Il Lehr, *op. cit.*, vol. II, n' 59 e 69, non fa che riferire le disposizioni citate.

(5) Garnier, *op. cit.*, pag. 60. Tuttavia in quell'epoca il Trib. Supr., con sentenza 16 giugno 1887, sembrava ammettere la validità di un matrimonio celebrato da una spagnola cattolica ed uno spagnolo protestante nella cappella metodista Wesleyana a Gibilterra. Vedi *J. D. I. P.*, 1890, pag. 355.

(6) Art. 42 e 91 Cod. civ.

così che due italiani cattolici dovrebbero fare soltanto il matrimonio cattolico.

In Ungheria, assoluta prevalenza della forma ungherese così per i matrimoni degli stranieri in quel regno, come degli ungheresi all'estero (1). Se le forme prescritte colà non sono state osservate, il matrimonio è nullo. E non si sia indotti in errore da due sentenze della regia Curia ungherese (2), le quali ammisero la validità di due matrimoni celebrati solo civilmente all'estero da due ungheresi; le ragioni per cui la loro validità è stata riconosciuta sono le seguenti: il diritto matrimoniale ungherese ha un carattere strettamente confessionale; se esige, per la validità del matrimonio, l'assistenza d'un ministro del culto lo fa nel senso che questa condizione sia richiesta dalle regole della confessione di cui si tratta: ora la Chiesa cattolica e le costituzioni tridentine richiedono *ad validitatem* la presenza del *parochus proprius* anche nei matrimoni misti; tuttavia a questa regola sono state portate varie deroghe, fondate alcune sul fatto che il Concilio di Trento non era stato pubblicato in una parrocchia, le altre su speciali indulti pontifici che ne sospesero l'applicazione. Nei territori ai quali si estendono questi favori si applica il diritto canonico antitridentino, secondo il quale nessuna solennità è richiesta per la validità del matrimonio: questo è valido per ciò solo che il consenso delle parti è stato constatato in qualunque forma si sia, anche davanti alla autorità civile. Queste regole furono confermate pochi anni or sono da alcune dichiarazioni della Curia romana per certe diocesi ungheresi, p. es., per quella di Gnesen-Posen (3). I due matrimoni civili

---

(1) Vesque v. Puetlingen, *op. cit.*, § 63; Jettel, *op. cit.*, § 13. « In Ungheria sono riconosciuti soltanto come validi quei matrimoni che furono celebrati secondo le formalità prescritte e in virtù di un matrimonio civile, dovunque concluso, non possono essere conferiti i diritti spettanti ai figli legittimi, alla prole risultante da tale unione ». Note del Min. ungherese del 28 marzo 1871, Ibidem. « Anche in materia di matrimoni misti l'intervento di un ministro della religione è indispensabile secondo la legge ungherese. Per conseguenza ogni matrimonio d'un suddito ungherese all'estero, qualunque ne sia la forma, è nullo in Ungheria se il ministro della religione competente non è intervenuto ». Nota del Consolato austro-ungarico di Zurigo in Rittner, *Cas singulier du mar. suisse-hongrois, J. D. I. P.*, 1885, pag. 161.

(2) Döntvenytar, *Samml. der Entsch. der Kgl. ungar. Curie*, vecchia serie, vol. XXVII, 13; nuova serie, vol. IX, 72.

(3) Rittner, *op. cit.*, loc. cit., il quale giustamente critica i termini troppo generali con cui si esprimono le due note sopra riportate del Ministero e del Consolato.

riconosciuti validi, lo furono quindi precisamente perchè contratti in paesi nei quali i canoni tridentini non erano stati pubblicati od erano stati sospesi; e perciò non già per applicazione della regola *l. r. a.*, ma bensì, anche in questo caso, della legge ecclesiastica ungherese.

La necessità di seguire anche all'estero la forma richiesta dalla legge nazionale probabilmente s'impone anche ai serbi (1) ed ai greci (2) e certo ai russi. Sebbene lo Svod nulla rechi in proposito si può dedurre ciò dalle opere del Lehr (3) e del Leuthold (4) e meglio ancora da due note dirette dalla legazione russa a Berna al Consiglio federale svizzero dove è detto: « Secondo le leggi dell'impero russo nulla impedisce ai sudditi di contrarre matrimonio all'estero, ma sotto la condizione che il matrimonio sia celebrato secondo le regole e le prescrizioni della confessione o delle confessioni cui gli sposi appartengono. I matrimoni celebrati secondo tali norme saranno riconosciuti in Russia come validi con tutti i loro effetti giuridici... La legislazione russa riconosce ed esige soltanto il matrimonio religioso e le autorità russe non possono occuparsi del riconoscimento di matrimoni civili contratti all'estero da sudditi russi. Un suddito russo dovrà dunque sposarsi in entrambe le forme (in Svizzera) ed uniformarsi così alle esigenze d'entrambe le legislazioni » (5). Nessun dubbio poi che gli stranieri in Russia devono seguire le prescrizioni della legge russa, la quale però non spinge il suo rispetto ai precetti religiosi fino al punto da negare validità al matrimonio contratto civilmente da due francesi in Francia (6).

8. Ora quale fra questi criteri è il più giuridicamente esatto? Dobbiamo noi, abbandonando in gran parte le conclusioni cui siamo giunti più su, ritenere che gli Stati i quali, come la Russia e l'Ungheria, non ammettono la regola *l. r. a.* pei matrimoni dei loro sudditi

(1) Paulowitsch, *De la cond. jurid. des étr. en Serbie*, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 18 e 150.

(2) *Z. I. P. R.*, vol. I, pag. 121.

(3) Lehr, *Dr. civ. russe*, n° 1 e seg.; Asser, *Rapport*, *R. D. I.*, 1875, pag. 405.

(4) Leuthold, *Russ. Rechtskunde*, § 9, pag. 59 e seg. Il Martens (*Traité*, vol. II, n° 71) scrive che « si l'institution du mariage civil existe dans un État, cette forme de mariage devient obligatoire pour les étrangers qui s'y marient: quand même ils seraient sujets d'un pays où il n'est pas permis de se marier civilement ». Ma queste parole esprimono l'opinione scientifica del Martens ma certo non la dottrina prevalente in Russia.

(5) Garnier, *op. cit.*, pag. 57.

(6) Lehr, *Dr. civ. russe*, loc. cit. e *Z. I. P. R.*, vol. I, pag. 121.

all'estero hanno, per stabilire ciò, degli argomenti tanto forti da dover obbligare noi stessi ad ammettere questa eccezione?

Dovremmo certo rispondere affermativamente se la nostra convinzione potesse esser formata esclusivamente fondandosi sull'autorità di molti e illustri giuristi. Ed invero, scrive il Savigny (1): « quando gli abitanti di un paese dove il matrimonio davanti alla Chiesa è obbligatorio, trovandosi in un paese dove soltanto il matrimonio civile è prescritto, si maritano davanti alla Chiesa senza osservare le formalità del matrimonio civile, il loro matrimonio è valido come fatto secondo la forma stabilita nella loro patria, cioè nel luogo dove il matrimonio ha la sua sede propria e permanente »; e cita, in appoggio, una sentenza del 1845 del Tribunale supremo di Dresda, che dichiarò valido il matrimonio contratto da due sudditi sassoni in Belgio senza osservare la legge belga circa l'osservanza della forma civile, in un tempo in cui questa non vigeva in Sassonia. E il Rocco (2): « Poichè presso di noi il matrimonio non è soltanto un contratto civile ma un sacramento, perciò se quello avviene in paese straniero fra nostri nazionali, ovvero tra un nazionale ed una forestiera, debb'essere anche celebrato innanzi alla Chiesa perchè produca gli effetti civili. Altrimenti nè i coniugi, nè i loro figliuoli mai non avranno i diritti della legittimità ». E lo stesso dicono e il Fiore (3) e il Brocher (4) e il Durand (5) e l'Audinet (6) e l'Unger (7) e il Muheim (8) ed altri ancora (9),

---

(1) Savigny, *op. cit.*, vol. VIII, § 381 in fine.

(2) Rocco, *op. cit.*, vol. II, cap. xx.

(3) Fiore, *Dir. int. privato*, II ed., § 99 e *Du mar. célébré, etc.*, n° 11, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 177.

(4) Brocher, *Nouveau traité*, n° 38, e *Cours*, vol. I, n° 89.

(5) Durand, *op. cit.*, n° 57.

(6) Audinet, *Le dr. int. pr. dans le nouv. Cod. civ. espagnol*, *J. D. I. P.*, 1891, pag. 1122.

(7) Unger, *System*, § 23 in fine.

(8) Muheim, *Prinzipien*, pag. 192.

(9) Thöl, *Einleitung*, § 80 e 83, nota 6; Gerber, *System des deutschen privatr.*, § 32, nota 16; Merlin, *Répert.*, v° *Mariage*, sez. IV, § 1 seg.; Pothier, *Du mariage*, n° 363. Vedi anche Corte app. Roma, 1° maggio 1876, Filippi c. Lepori, *Foro*, 1876, pag. 736 (riformata dalla Cass.), che stabiliva la massima: « Il principio *l. r. a.* non si applica che alle forme estrinseche, e quindi non si può applicare al matrimonio ecclesiastico, considerato fra cattolici qual sacramento, la cui essenza consiste nella volontà espressa dagli sposi *coram parocho et duobus testibus*, senza che alcuna estrinsecità di forme venga richiesta per la sua validità dalle leggi canoniche ».

sostenendo in tal caso non trattarsi più di forma dell'atto ma di « formalità sostanziali al valore giuridico dell'atto », di « condizione necessaria alla sua esistenza », di « une question de fond plus que de forme » riguardante la « validità intrinseca interna materiale dell'atto ». E poichè il Laurent (1) esprimeva una opinione contraria, l'Olivi (2) lungamente s'intratteneva su di tal punto esaminando i vari casi. Secondo l'Olivi, se due portoghesi (3) celebrano un matrimonio solo civile in Francia questo sarà valido in Francia e in tutti i paesi che stabiliscono il matrimonio civile, ma non in Portogallo: se invece in Francia celebrano un matrimonio solo religioso questo sarà valido in Portogallo e in tutti i paesi che ammettono il matrimonio religioso, ma non in Francia e negli altri Stati a matrimonio civile: in Francia però la validità di tal matrimonio potrà essere indirettamente riconosciuta trasportando, per così dire, la questione dal terreno della validità del matrimonio su quello dello stato e capacità, perchè « siccome queste devono esser giudicate secondo la legge nazionale sarebbe impossibile, in caso di conflitto, di non considerar gli sposi come tali giuridicamente » (4). Ma il Laurent sostiene che invece il matrimonio religioso dei portoghesi in Francia deve essere nullo così in Francia come al Portogallo e ciò perchè solo allo Stato spetta il potere di attribuire sul suo territorio ai suoi funzionari la facoltà di procedere alla celebrazione del matrimonio, e quindi non spettando in Francia tale facoltà ai sacerdoti, il matrimonio da questi celebrato è un *non ens*, e perchè viceversa uno Stato non può attribuire la qualità di pubblici ufficiali ai preti d'un altro Stato, e quindi il Portogallo non potendo in tal modo estendere la sua autorità al di là del territorio suo, non può riconoscere ai sacerdoti francesi la competenza a celebrare il matrimonio fra portoghesi e quindi neppure la validità di essa unione.

Sebbene, continua l'Olivi, si possa rispondere al Laurent che la regola *l. r. a.* è facoltativa e non obbligatoria, che quando uno Stato accoglie la legge canonica sul matrimonio viene con ciò a riconoscere,

---

(1) Laurent, *op. cit.*, vol. IV, § 236-237.

(2) Olivi, *Du mar. en dr. int. pr.*, *R. D. I.*, 1883, pag. 229 e seg.

(3) L'Olivi parte evidentemente dalla supposizione che le leggi portoghesi non ammettano per i sudditi all'estero la regola *l. r. a.* ciò che, secondo noi, non è; vedi sopra, pag. 232.

(4) Conclusione che non possiamo assolutamente accettare. Vedi in proposito più oltre questo capitolo, n° 14.

tacitamente almeno, la competenza a celebrar matrimonio di tutti i sacerdoti cattolici di tutto il mondo, come stabilisce la legge canonica e che infine il Portogallo è libero di attribuire tutti gli effetti di matrimonio valido a quello celebrato religiosamente dai suoi concittadini in Francia, pure, ad onta di queste obbiezioni, si può in una certa misura sostenere l'opinione del Laurent, e ciò perchè sebbene la regola *l. r. a.* sia facoltativa per gli stranieri, « questi non possono mai seguire le forme delle loro leggi nazionali se non sono ammesse come produttive d'effetto legale sul territorio dello Stato dove si vuol realizzare un atto giuridico, e, nel caso posto, la forma religiosa non è una forma giuridica possibile secondo la legge territoriale » e perchè, sebbene lo Stato, conformemente alla legge canonica, riconosca la competenza a celebrar matrimoni a tutti i sacerdoti del mondo tuttavia, tale attribuzione, pienamente valida ed efficace nell'interno di quello Stato, « non potrebbe tale divenire, per ciò solo, *nello stretto senso del diritto positivo* esistente negli Stati stranieri ».

La ragione fondamentale, del resto, di tale conflitto sta nel concetto differente che le due legislazioni hanno della sostanza stessa del matrimonio; l'una lo considera come una istituzione *principalmente religiosa*, l'altra come una istituzione *principalmente giuridica:* perciò unico modo, secondo l'Olivi, di dirimere il conflitto sarebbe questo: « un trattato internazionale in virtù del quale lo Stato, il quale non ammette che il matrimonio civile consentisse a riconoscere ai preti che risiedono sul suo territorio la facoltà di procedere alla celebrazione dei matrimoni religiosi *giuridicamente esistenti* quanto alla celebrazione. Allora i preti diventerebbero dei veri ufficiali al servizio d'uno Stato straniero, dotati verso i cittadini di questo Stato della stessa competenza di cui gli ufficiali secolari godono, relativamente al matrimonio civile, sul territorio dello Stato concedente ». Finchè questo trattato (secondo noi di molto dubbia possibilità ed opportunità) non sia intervenuto, « lo Stato che non ammette se non il matrimonio religioso, non potrà riconoscere come matrimonio quello che è stato celebrato dai suoi sudditi in un paese straniero che non dà sanzione giuridica se non al matrimonio civile ».

Abbiamo desiderato riferire largamente questa discussione per mostrare lo stato attuale della questione la quale, a nostro avviso, deve essere su altro terreno posta e contrariamente all'Olivi risoluta.

Per noi è, prima di tutto, necessario, giacchè si parla di celebrazione religiosa, di esaminare che cosa realmente stabilisce il diritto canonico

relativamente al matrimonio: e siccome differenti sono le formalità per la celebrazione secondo il diritto canonico evangelico, il cattolico ed il greco ortodosso, dobbiamo pure tener conto di tali differenze.

Per il diritto canonico evangelico nessuna difficoltà può sorgere: la Riforma negò al matrimonio il carattere di sacramento (1) e coerente a questo principio non contestò allo Stato la facoltà di regolare il matrimonio civile, nè considerò mai la forma di celebrazione civile come anticristiana o come immorale: la Chiesa evangelica pretende bensì dai suoi membri che facciano il matrimonio ecclesiastico e procede disciplinarmente contro quelli che lo trascurino: ma essa non pretende, nè può più pretendere che tale matrimonio abbia effetti civili (2): perciò anche se uno Stato per regolare legislativamente il matrimonio si riferisce completamente alla Chiesa evangelica, dai canoni di questa non può sorgere nessuna difficoltà a riconoscere perfettamente valido il matrimonio contratto civilmente all'estero da due suoi fedeli; evidentemente non essendo il matrimonio un sacramento, non si può dire che la celebrazione davanti al pastore costituisca una forma essenziale alla sua validità, che la celebrazione non sia solo forma del matrimonio, ma contenga un elemento sostanziale alla sua efficacia giuridica. E del resto gli Stati dove la religione nazionale è la cristiana riformata, quali gli scandinavi e l'Inghilterra, approfittando della facoltà loro riconosciuta dalla Chiesa, considerano validi i matrimoni celebrati all'estero solo civilmente dai loro sudditi, sebbene mantengano sul loro territorio efficacia al matrimonio religioso.

Ma per il diritto ecclesiastico cattolico la cosa è diversa; per questo il matrimonio è un sacramento; ed è da questo fatto che derivano le discussioni e le eccezioni che si vogliono porre alla regola *l. r. a.* Bisogna però tener conto della diversità importante che c'è fra la forma del matrimonio cattolico nei paesi o nei territori dove il Concilio di Trento non è stato promulgato, e la forma vigente nei paesi retti dai canoni tridentini.

Prima del Concilio di Trento secondo il principio che deriva dalla natura del matrimonio il quale esiste per il semplice scambio dei consensi delle parti, la Chiesa dichiarò riconoscere come completamente

---

(1) Strampff, *Doctor M. Luther über die Ehe*, pag. 340; Friedberg e Ruffini, *Tratt. di dir. eccl. catt. ed evang.*, § 139.

(2) Friedberg e Ruffini, *op. cit.*, § 156, vi; Walter, *Manuel de dr. ecclesiast.*, § 289; Von Bar, *op. cit.*, n° 169, nota 29.

valida l'unione contratta in qualunque modo con la prestazione dei consensi: *quia contractus jam perfectus est per solum consensum* (1); è vero che per prevenire gli abusi, le leggi ecclesiastiche e le civili continuarono a prescrivere le pubblicazioni e la benedizione sacerdotale, ma l'ommissione di questa e di quelle non era una causa di nullità (2). Ora, nei territori dove il Capo I, *de ref. matr.* del Concilio di Trento non è stato pubblicato, queste norme hanno per la Chiesa vigore tuttora, e perciò nel caso che due sudditi spagnuoli celebrassero il matrimonio davanti all'ufficiale dello stato civile di un Comune francese o di un Cantone svizzero, dove non fosse stato pubblicato il Concilio, esso sarebbe perfettamente valido per la Francia e per la Svizzera in quanto è stato conchiuso con la forma territoriale e per la Spagna in quanto la Chiesa lo riconosce pure per valido, essendochè il consenso comunque prestato in quel territorio, anche davanti l'ufficiale dello stato civile, basta a costituire il sacramento del matrimonio. Le due sentenze della Curia ungherese sopra citate sono la prova migliore della verità della nostra affermazione. Se poi anche per questo caso qualcheduno volesse sollevare delle difficoltà, sarebbe proprio la volta di domandare col von Bar: « Dobbiamo noi proprio essere più rigorosi dei teologhi e dei canonisti? » (3).

Ma col Concilio di Trento la forma del matrimonio mutò: allo scopo di togliere l'inconveniente che si verificava di confondere spesso un concubinaggio con un matrimonio clandestino; il Concilio di Trento prescrisse l'obbligo di tre precedenti pubblicazioni in Chiesa, della prestazione del consenso *coram parocho proprio et duobus testibus*, della benedizione nuziale e della menzione del matrimonio nei registri parrocchiali (4); e trascuriamo altre cerimonie secondarie. Ma l'osservanza di tutte queste prescrizioni non è strettamente necessaria per la validità del matrimonio; le pubblicazioni e l'annotazione sul registro anzi tutto non sono affatto richieste sotto pena di nullità: servono le prime per mettere i terzi in grado di fare opposizione, la seconda per constatare il conchiuso matrimonio; ma anche senza quelle

(1) Glossa al c. v, X, *De sponsa duor.*, iv, 4.

(2) Walter, *op. cit.*, § 292; Esmein, *Le mariage canonique*, vol. I, part. ii, tit. i, chap. i, iv; Friedberg e Ruffini, *op. cit.*, § 153; Schulte, *Handbuch des Katholischen Eher.*, parte i, § 8 e 13.

(3) Von Bar, *op. cit.*, loc. cit.

(4) *Conc. Trid.*, *Sess.* XXIV, cap. i, *de ref. matr.*

e senza questa l'unione è validissima (1); poi neppure la benedizione nuziale è necessaria, è essenziale al sacramento; non si dovrà negligere, senza necessità, di procedere ad essa, ma la mancanza sua non produce la nullità del matrimonio; su di ciò tutti i canonisti sono di accordo (2). Ciò dunque che è essenziale si è la prestazione del consenso davanti al *parochus proprius* ed a due testimoni; ma il parroco non è ministro del sacramento; i contraenti stessi e non il sacerdote lo sono: « *quod parochus in matrimonium nullam exerceat jurisdictionem, cum ex veriori et receptioni sententia non sit minister magni hujus sacramenti* », dichiarò la Sacra Congregazione del Concilio di Trento (3), uniformandosi alla unanime opinione dei canonisti; il parroco è niente più di un testimonio, un *testis spectabilis* (4); e non importa che sia scomunicato, sospeso, *irregularis, non toleratus* (5), e in certi casi, anche che non abbia ricevuto gli ordini maggiori (6); il matrimonio sarà sempre valido; nè la validità è punto infirmata dal fatto che le parti lo abbiano sorpreso, accompagnate dai testimoni, o trattenuto con la violenza, o ingannato simulando di procedere ad un altro atto; il matrimonio sarà sempre valido purchè abbiano pronunciato davanti al parroco le parole del consenso e che questi le abbia intese; a questo riguardo le decisioni della Congregazione del

---

(1) C. 6, X, *qui matrim. accus.*, 4, 18. Vedi anche Walter, *op. cit.*, § 293.

(2) C. 22 e 23, § 7, c.° *de nupt.*, 5, 4. Nov. 22, c. 3, e Nov. 89, c. 1, § 1. Thomas Aquin., *Summa, Supplem. tertiae partis*, qu. 42, art. 1: « *Verba quibus consensus exprimitur sunt forma hujus sacramenti, non autem benedictio sacerdotis* ». Vedi pure trattazione esauriente di questo punto in *De synodo diocesana*, lib. viii, cap. xii di Benedetto XIV, e inoltre Walter, *op. cit.*, § 295; Schulte, *op. cit.*, parte i, § 15; Friedberg e Ruffini, § 156; Esmein, *op. cit.*, vol. II, pag. 182; Manenti, *Della inapponibilità delle condiz.*, ecc., § 17 e seg. e aut. ivi citati. La validità di un matrimonio senza benedizione nuziale è pienamente riconosciuta nel breve di Pio VIII del 25 marzo 1830 all'arcivescovo di Colonia da cui ebbe origine la celebre lotta di 10 anni (1829-1840) fra il re di Prussia Federico Guglielmo III e la Santa Sede. Vedi Martens, *Nouveau Recueil*, vol. XIV, pag. 5, vol. XV, pag. 58 e seg., vol. XVI, pag. 387 e vol. XVII, pag. 94, 382.

(3) Schulte et Richter, *Can. et decr. Conc. Trid. accedunt S. Cong. card. Conc. Trid. interpr. declarationes ac resolutiones etc.*, pag. 229, n° 49; e Pietro Lombardo diceva: « L'essenza del sacramento del matrimonio non è la celebrazione per mezzo del prete ma il consenso dell'uomo e della donna ».

(4) Cit. Decisione della Congreg. Vedi nota anteced.

(5) Sanchez, *De sacr. matr.*, cap. iii, disp. xxi, n° 4.

(6) Walter, *op. cit.*, § 294.

Concilio sono formali; essa ha spesso riconosciuti validi i matrimoni contratti nel modo più romanzesco e strano che dar si possa (1). In tale giurisprudenza del resto appare lo spirito tradizionale della Chiesa, che vuol favorito il più possibile la conclusione del matrimonio.

Da tutto ciò si può facilmente inferire che il parroco non è niente più di un testimonio richiesto *ad validitatem*, *ad solemnitatem* egualmente come un notaio in una donazione, per es. (anzi sotto certi riguardi, meno ancora d'un notaio, perchè non è necessario che eserciti un còmpito attivo nella celebrazione) e che quello che è strettamente richiesto per la validità del matrimonio canonico si riferisce completamente ed esclusivamente ai mezzi di manifestazione del consenso, cioè alla forma dell'atto; è però un fatto che quando tutte le prescrizioni relative al complesso dei modi in cui le parti devono manifestare la volontà sono state osservate, non solo il matrimonio è valido ma è compiuto il sacramento, anzi appunto per il diritto canonico è valido in quanto è un sacramento; comprendiamo perfettamente quindi, come in tal caso, la forma nasconda in sè un elemento sostanziale di validità (2).

Tuttavia il Concilio col riformare il modo di celebrazione del matrimonio, non ha mutato affatto nè la forma, nè la materia del sacramento (3); non ha stabilito una norma dogmatica, ma solo disciplinare alla quale in certi casi si può derogare, senza che il sacramento del matrimonio venga meno, e che la Chiesa potrebbe domani mutare, senza offendere affatto i principii dogmatici stabiliti in materia di matrimonio; lo possiamo facilmente dedurre dai seguenti fatti ed argomenti: prima d'ogni altro dalle parole di una incontestabile autorità, Benedetto XIV, il quale così scriveva relativamente al decreto tridentino sulla riforma del matrimonio (4): « ... *nullo pacto sacramenti materiam ac formam immutatas fuisse constat, nam materia in tradendis mutuo, ac legitime corporibus per verba, aut nutus ad explicandum intimum consensum accomodatos, collocata semper fuit; forma vero in excipiendis mutuo ac legitime corporibus per contrahentes designatur. Quum igitur Tridentina synodus nec legitimum pactum nec legitime tradi et excipi corpora indicaverit, nisi quando matrimonium contrahitur, parochus cum duobus aut tribus testibus*

(1) Schulte et Richter, *op. cit.*, n[i] 63, 64, 65, 66, 67, pag. 234-5.
(2) Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n° 27 e ant. ivi cit.
(3) Esmein, *op. cit.*, vol. II, pag. 192.
(4) Benedicti XIV, *Inst. eccles.*, I. XXXIII, n° 2.

assistat, hinc sacramenti materiam ac formam nequaquam mutari certissimum est ». E a corroborare poi l'opinione che, come dice Benedetto XIV, nulla sia stato dal Concilio di Trento mutato circa alla forma ed alla materia del sacramento, e quindi che così dopo, come prima del 1563, secondo il dogma, il sacramento si abbia col semplice scambio dei consensi, anche senza la presenza del parroco, si aggiungano queste teorie canoniche: 1° che il matrimonio sia valido, e valido precisamente in quanto è sacramento, anche se celebrato senza la presenza del parroco dove il Concilio non è stato promulgato (1); 2° che anche dove il Concilio è in pieno vigore, ma dove vi sia la impossibilità di procurarsi un parroco, si possa pure con piena efficacia scambiare il consenso davanti a due testimoni che siano preferibilmente cattolici: « *Haec eadem sancta Congregatio alias resolvit matrimonio haec esse valida quamvis contracta sine parocho, si in loco nec episcopus, nec parochus adsit, dummodo tamen duo aut tres testes fuerint adhibiti et sic servata fuerit, quantum potuit, forma concilii* », decise la Congregazione (2); 3° che lo stesso principio vale anche per i matrimoni contratti da cattolici fra gl'infedeli (3); 4° che la Chiesa ha ripetutamente riconosciuto per i Paesi Bassi e per le diocesi occidentali della Prussia, sufficiente la sola forma civile nei matrimoni misti fra cattolici e non cattolici, sebbene il decreto tridentino debba essere applicato anche in tal caso, essendochè un contraente è cattolico (4); 5° che i matrimoni *in extremis* sono validi

(1) Vedi sopra le due sentenze della curia ungherese, e Esmein, *op. cit.*, pag. 191; Walter, *op. cit.*, § 294; Benedicti XIV, *De synodo diocesana*, lib. xiii, cap. iv, n° x; Sanchez, *op. cit.*, lib. iii, disp. 18, n° 1 e molte decisioni della Congregazione.

(2) Schulte et Richter, *op. cit.*, pag. 295, n° 173; Benedicti XIV, *op. cit.*, lib. xii, cap. v, n° v; Feije, *De impedimentis*, n° 303. « *Duorum tamen testium praesentia pro valore matrimonii necessaria est: curandum autem, quantum fieri potest, ut adhibeantur testes catholici* ». Vedi anche tutti i canonisti moderni.

(3) *Lesinensis* in Theiner, *Acta* ii, 353 cit. in Esmein, *op. cit.*, pag. 194, nota 2. « *Quod clandestinitas non est justa causa irritandi matrimonia. Aliqua enim matrimonia non possunt nisi clandestini contrahi, et christianorum apud Turcos degentium, qui carent testibus dum contrahunt: non placet igitur quod irritentur* ». Ed altri in Esmein citati.

(4) *Const. Matrimonia Benedicti XIV, anno* 1741, e Breve di Pio VIII del 25 marzo 1830: « *Nunc autem per nostras has litteras volumus et mandamus ut matrimonia mixta quae posthac (a die videlicet* 25 *martii* 1830) *in vestris diocesibus contrahi contingat non servata forma a Tridentino concilio praescripta, si eisdem nullum aliud obstat canonicum dirimens impedimentum, pro ratis ac veris*

anche senza il parroco (1); 6° che finalmente le norme tridentine possono cessare d'aver vigore per effetto d'una lunga dessuetudine (2). Ora tutte queste eccezioni ed altre ancora, portate alla clausola irritante tridentina, non dimostrano forse che il decreto tridentino si riferisce alla disciplina e non al dogma, e che alla forma tridentina si può molte volte (e sempre, pare, nei casi di necessità) derogare, senza che il sacramento del matrimonio venga meno?

Ritornando poi alle prescrizioni del decreto, questo e il diritto canonico su di esso svoltosi, richiedono non solo la presenza del parroco ma del *parochus proprius:* una quantità di minuziose decisioni esiste per determinare che il curato *proprius* è quello *domicilii habitationis contraentium* e non quello *domicilii originis*, che questo od altro non è competente senza una delegazione del vescovo *gravi impellente causa*, per stabilire quanto tempo deve trascorrere per aver l'*habitatio* in un determinato luogo, in quali casi il vescovo può concedere la *licentia conjugendi*, quale sia il *parochus proprius* dei *vagi* (3), ecc., ecc.

Date queste premesse, vediamo quali conclusioni per il caso nostro si può dedurne: oggi due principii, uno di diritto canonico, di diritto internazionale l'altro, sono inconcussi; il primo che « ove la legislazione civile ordina che la celebrazione si compia per opera del parroco competente, solo autorizzato a celebrare è colui che lo Stato riconosce come parroco: ove per contro lo Stato lascia in vigore il diritto ecclesiastico comune, la competenza si misura in base al diritto ecclesiastico, così che i matrimoni che si conchiudono innanzi

---

connubiis habeantur, prout nos auctoritate nostra apostolica matrimonia eadem vera et ràta fore declaramus atque decernimus, contrariis non obstantibus quibuscumque. Quod circa catholicae personae, quae in posterum matrimonium hoc modo contraxerint, dum nullum aliud eis obstaret dirimens canonicum impedimentum, a sacris pastoribus edocendi erunt, ipsas verum et ratum coniugium inivisse ». Martens, *Nouveau Recueil*, vol. XIV, pag. 5; vol. XV, pag. 58 e seg.; vol. XVI, pag. 387 e vol. XVII, pag. 94, 382.

(1) Sanchez, *op. cit.*, lib. III, disp. 18, n[i] 2 e 3. « *Quando contrahere volens est in articulo mortis, valdeque necessarium esset matrimonium, nec esset copia parochi* ».

(2) Esmein, *op. cit.*, pag. 195, nota 3 e aut. ivi cit.

(3) Vedi la dottrina e la giurispr. della Congreg. su tali punti in *Conc. Trid. Sess. 24, de ref. matr.*, 1; C. III, 6, *de temp. ord.*, 1, 9 e la Glossa *Cum nullus;* Sanchez, *op. cit.*, lib. III, disp. 23, 24, ecc.; Schulte et Richter, *op. cit.*, n[i] 33, 34, 42, 45, ecc.; Esmein, *op. cit.*, pag. 177 e seg.; Schulte, Friedberg e Ruffini, Walter, *op. cit.*, loc. cit.

ad un parroco istituito, non in base alle leggi dello Stato, ma ai principii giuridici canonici, sono a ritenersi come validi » (1); ma anche in questo secondo caso tali curati non sono istituiti dalla Chiesa per virtù propria, ma solo per il potere d'istituirli che lo Stato *apertis verbis* concede o tacitamente lascia alla Chiesa; l'altro principio che nel diritto internazionale non si conosce che il diritto degli Stati: le Chiese sono delle istituzioni generali senza limitazione territoriale; noi dovremo aver riguardo al diritto ecclesiastico, se ha vigore in singoli Stati, solo in quanto e per quanto è il diritto di codesti Stati (2); ora quando due spagnuoli o due ungheresi vogliono celebrare il loro matrimonio in Italia religiosamente, manca il loro parroco *proprius*, poichè la Spagna e l'Ungheria non hanno l'autorità di istituire dei parroci in Italia, e l'autorità che alla Chiesa è attribuita dall'uno e dall'altro Stato, si limita ai territori di quegli Stati; naturalmente poi non si potrà dire essere il parroco istituito come competente a celebrar matrimoni dall'Italia, la quale nessun effetto giuridico riconosce al matrimonio religioso. È bensì vero che la Chiesa dirà essere il *parochus proprius* quello del domicilio di abitazione degli sposi, ma questa facoltà di attribuir la competenza ed i matrimoni da quel parroco celebrati, non possono aver nè per noi, nè per la Spagna o l'Ungheria nessuna efficacia giuridica, in quanto che tale facoltà non è ai sacerdoti italiani concessa dall'Italia, e non può essere sul nostro territorio concessa nè direttamente, nè indirettamente dalla Spagna o dall'Ungheria. Gli sposi stranieri si trovano dunque nel nostro paese in una di quelle condizioni prevedute dal diritto canonico in cui mancando il *parochus proprius* basta per celebrare matrimonio valido anche come sacramento (senza che con ciò sia offeso nessun principio dogmatico) la prestazione del consenso davanti a testimoni, e a ciò è sufficiente il nostro matrimonio civile. Questa conclusione, non contraria alla legge ecclesiastica, dovrebbero ammettere quegli Stati che rimasero fedeli al matrimonio religioso; con piacere del resto constatiamo che alcuni, come l'Austria e il Portogallo, a questa conclusione, forse da differenti premesse, siano arrivati (3).

(1) Friedberg e Ruffini, *op. cit.*, § 156, e passi e aut. ivi cit.

(2) Von Bar, *op. cit.*, n° 169.

(3) Vedi anche la sentenza dell'Obertrib. di Berlino del 15 gennaio 1855 (*Entscheid. des K. g. Obertrib.*, vol. 29, pag. 300) che riconosce formalmente valido un matrimonio di Gretna-Green fra due tedeschi di cui la legge personale richiedeva il matrimonio religioso.

Ed è naturale poi che a tale conseguenza arrivino: quando codesti Stati concedono alla Chiesa nel loro territorio il diritto di celebrare matrimoni, stabiliscono opportune leggi o si contentano delle leggi ecclesiastiche comuni, per impedire che il parroco unisca in matrimonio persone incapaci o celebri altre unioni dalla legge vietate; quando il matrimonio è celebrato dal parroco nel loro territorio essi sono già garantiti della regolarità dell'unione, come noi lo siamo dalla celebrazione fatta dall'ufficiale dello stato civile; ma quando due loro sudditi celebrano il matrimonio davanti a un parroco in Italia, quale garanzia avranno quegli Stati della osservanza delle loro leggi, della regolarità perfetta dell'unione? I parroci austriaci, ad es., sono obbligati ad osservare le prescrizioni delle leggi austriache sul matrimonio del 25 maggio 1868, del 9 aprile 1870, ecc., ecc., e se non lo fanno segue per loro la sanzione punitiva; ma come può pretendere, come può esser garantita l'Austria che quelle leggi siano osservate da un parroco italiano, al quale l'Italia non comanda e l'Austria non può comandar d'osservarle?

Un argomento poi molto favorevole alla nostra tesi, anche dal punto di vista canonico, lo troviamo nella soluzione dai canonisti data ad una questione che ha molta analogia con la nostra: se una persona domiciliata in un paese dove il decreto tridentino è stato pubblicato, vuol contrarre matrimonio in un paese dove non è stato pubblicato, dovrà necessariamente celebrarlo in presenza del parroco e di due testimoni secondo la sua legge personale, o potrà invece *ratione loci*, celebrarlo secondo le forme antitridentine? « ... *quicumque forenses et peregrini*, scrive il Sanchez (1), *tenentur servare solemnitates in contractu requisitas, legibus et consuetudinibus oppidi in quo contrahunt ..... quoad solemnitatem adhibendam in contractibus, solae legis loci in quo contractus celebratur, inspiciuntur: locus autem ubi hoc matrimonium initur, non petit eam parochi et testium solemnitatem ad matrimonii valorem, cum ibi decretum Tridentinum non obliget: ergo* ». E con lo stesso principio il Sanchez risolve il caso inverso. Questa soluzione, data dal rigido gesuita ad una questione molto analoga alla nostra, non è un forte argomento in favore della tesi da noi sostenuta?

Finalmente per il diritto della Chiesa orientale, la questione si presenta in altro modo ancora. Secondo esso la validità del matri-

---

(1) SANCHEZ, *op. cit.*, L. III, disp. XVIII, n[i] 27 e seg.

monio non è tanto subordinata allo scambio dei consensi, quanto invece alla benedizione nuziale; alla fine del IX secolo, la Novella 89 di Leone il Filosofo, pubblicata nell'893, subordinò assolutamente la validità del matrimonio alla sua benedizione da parte della Chiesa ortodossa, e nel 1084 la bolla d'oro d'Alessio precisò meglio ancora questo punto del diritto. Ora se due russi appartenenti alla Chiesa orientale celebrano il loro matrimonio davanti all'ufficiale dello stato civile in Italia, sarà questo valido? Non può, secondo il nostro avviso, trovar applicazione in tal caso la regola *l. r. a.;* non si tratta della forma dell'atto, del complesso dei mezzi richiesti per la manifestazione della volontà; la benedizione, o meglio l'invocazione alla divinità, com'è secondo la liturgia della Chiesa di Oriente, è un elemento che secondo il diritto canonico greco ortodosso è necessario per l'esistenza del matrimonio, indipendentemente da ogni manifestazione della volontà delle parti; costituisce quasi l'intervento di Dio a quella unione, è qualche cosa di molto più intimo, sostanziale, essenziale che non sia la forma; nel matrimonio cattolico ministri del sacramento sono le parti, in questo invece ministro è il sacerdote; e quando la legge russa, ad es., richiede per riconoscere valido il matrimonio che questo sia un sacramento, e sacramento non è se non mediante la solenne invocazione sacerdotale, stabilisce un elemento di validità intrinseca senza il quale non si ha unione giuridicamente efficace. Non così è secondo la Chiesa cattolica, per la quale la presenza del parroco non è una necessità dogmatica alla quale non si possa mai derogare, e il sacramento realmente si ha con lo scambio dei consensi; qui il sacramento si compenetra nella forma, nel matrimonio ortodosso il sacramento sta al di fuori della forma, e l'invocazione a Dio è sempre necessaria e costituisce quasi una condizione cui è subordinata l'efficacia giuridica della volontà delle parti, pure nella forma richiesta espressa; o meglio quando si richiede la benedizione divina perchè il matrimonio sia valido, si fa direttamente intervenire la divinità nel consenso: la verità della nostra distinzione appare evidente se si faccia una ipotesi analoga a quella che studiamo, ma in cui le nebulose astruserie teologiche non turbino la chiarezza e la semplicità della questione: supponiamo che in uno Stato la legge disponga che i matrimoni dei sudditi non siano validi se posteriormente allo scambio dei consensi essi non ricevano la benedizione del capo dello Stato: ebbene, in tal caso evidentemente il capo dello Stato, re, imperatore, pontefice o qual altro sia,

interviene direttamente nel consenso, è parte nell'atto giuridico altrettanto degli sposi: ora se due sudditi di questo Stato sposassero con la forma civile in Italia si potrebbe forse invocare la regola *l. r. a.* per dichiarare valido tale matrimonio senza richieder agli sposi di ottener prima la benedizione del loro sovrano? Non lo crediamo: la regola nostra si applica esclusivamente alla forma del negozio giuridico; per essa il modo di manifestazione del consenso richiesto dalla *lex loci celebrationis* si sostituisce completamente al modo di manifestazione del consenso prescritto dalla legge personale, ma gli elementi che sono relativi al consenso in sè stesso, alla sostanza dell'atto giuridico, secondo la *lex loci*, non si sostituiscono affatto a quelli che son richiesti dalla legge personale: ora, nell'ipotesi data, la benedizione del sovrano è appunto un elemento intrinseco di validità, perchè costituisce il consenso del sovrano, espresso nella forma della benedizione: ora giuridicamente lo stesso valore ha, e nello stesso modo dovrebbe esser giudicata la invocazione alla divinità richiesta per il matrimonio dalla Chiesa ortodossa: certo è però che in Italia dove un principio di diritto pubblico ha tolto al matrimonio qualsisia carattere religioso, non si vorrà concedere efficacia alla disposizione della legge russa che richiede la benedizione nuziale perchè importante deroga ad una legge nostra che riguarda il diritto pubblico: e quindi il matrimonio civile celebrato da due russi in Italia sarà, per il giudice italiano, valido: ma anche se lo si volesse credere nullo perchè non benedetto dal sacerdote della Chiesa orientale, non si farebbe con ciò una eccezione alla regola *l. r. a.*, che solo gli elementi estrinseci di validità e non gli intrinseci regge.

9. I più fra gli Stati a matrimonio religioso vogliono dunque applicata la legge territoriale per giudicare della validità del matrimonio concluso nello Stato da stranieri e applicano invece la legge nazionale per giudicare della validità del matrimonio conchiuso dai loro sudditi all'estero. Ad un principio uniforme, invece, al predominio cioè costante della legge territoriale si uniformano gli Stati che non subordinano la validità del matrimonio alla osservanza di una sola determinata forma.

L'Inghilterra, ad es.: così come le Corti inglesi riconoscono validi i matrimoni celebrati in Inghilterra secondo le forme locali da stranieri, così ammettono piena validità alla regola *l. r. a.* per i matrimoni degli inglesi all'estero. È un'opinione accolta da tutta la dot-

trina (1), da tutta la giurisprudenza (2) inglese. È vero che questa un tempo considerò come valido (3) un matrimonio celebrato con le forme inglesi da inglesi in un paese dove essi non risiedevano che per un certo tempo e senza intenzione di fermarvisi, sebbene la forma seguìta non avesse nessun valore secondo la legge di quel paese, ma tale dottrina si può considerare come completamente abbandonata (4) in favore del principio *l. r. a.* Il *Foreign Marriage Act* 12 *e* 13 *Vict. c.* 68 non stabilisce espressamente la regola, poichè riguarda soltanto i matrimoni diplomatici e consolari da un suddito britannico contratti in paesi che non fanno parte dei possedimenti inglesi, ma se l'inglese non celebra la sua unione davanti al console od all'agente diplomatico del suo paese, deve, per renderla valida in patria, seguire la forma della *lex loci actus*. Così due inglesi domiciliati in Inghilterra

(1) PHILLIMORE, *op. cit.*, vol. IV, n° 394; STORY, *op. cit.*, § 79 e 107 e seg.; DICEY-STOCQUART, *op. cit.*, vol. II, n[i] 163 e seg.; SWEET, *Dictionary of English Law*, v° *Marriage;* LAWRENCE, *op. cit.*, vol. III, pag. 336 e seg.; WESTLAKE, *op. cit.*, § 13 e *La doctr. angl. en mat. de dr. intern. pr.*, *J. D. I. P.*, 1881, pag. 313; ALEXANDER, *De l'exécut. des jug. étr. en Angleterre* e *Du mar. en dr. intern. selon la jurispr. angl.*, *J. D. I. P.*, 1879, pag. 521 e 1881, pag. 198; HAWARD W. ELPHINSTONE, *Notes on the english law of marriage*, Law Quarterly Review, 1889, pag. 50; LAURENT, *op. cit.*, vol. IV, n° 208 e seg.; COLFAVRU, *Du mar. e du contr. de mar. en Angleterre*, chap. II. Nella relazione della Commissione reale d'inchiesta del 1867, sulle leggi del matrimonio, lo stato del diritto è così esposto: « Tutti i matrimoni di sudditi inglesi contratti all'estero, secondo le forme richieste dalla *lex loci contractus*, sono riconosciuti validi dalle leggi inglesi, eccetto il caso nel quale, secondo la legge inglese, le parti non fossero abili a contrarre matrimonio ». Vedi anche il *Registration Act* di lord Russell del 1836 (6 e 7, Guglielmo IV, 85) e KÖNIG, *Mar. contr. par des angl. à l'étranger*, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 275.

(2) Brook c. Brook, 9, *House of Londs C.*, 193. Opinione di lord Brougham in Warrender c. Warrender, 2, *Clarke et Finnely's Rep.*, pag. 531; Bell c. Graham, 13, *Moore's Privy Council Cases*, pag. 242; Kent c. Burgess, 11, *Simon's Rep.*, 361; Ilderton c. Ilderton, 2, *Henry Blackstone's Rep.*, 145; Darlympe c. Darlympe, 2, *Haggard's Ecclesiastical Rep.*, 54; Herbert c. Herbert, Ibid. 2, 263; Scrimshire c. Scrimshire, Ibid., 2, 417; Middleton c. Janverin, Ibid., 2, 437; Conway c. Beazley, Ibid., 3, 639; Lacon c. Higgins; Butter c. Freeman; Swift c. Kelly; Steele c. Braddel; Medensay c. Needham in HAWARD W. ELPHINSTONE, *op. cit.*, loc. cit.; Harvey c. Farnie; Campbell c. Crampton in STORY, *op. cit.*, loc. cit.; Laoon c. Higgins in WESTAKE, *op. cit.*, § 13; De Thoren c. Attorney general, *J. D. I. P.*, 1877, pag. 443; Sottomayor c. De Barros, Ibid., 1878, pag. 50; Brinkley c. Attorney general, Ibid., 1890, pag. 713.

(3) Harford c. Marris, 2, *Haggard's Ecclesiast. Rep.*, 423.

(4) HAWARD W. ELPHINSTONE, *op. cit.*, pag. 51.

avevano celebrato il loro matrimonio nella chiesa anglicana in Anversa da un ministro anglicano, in presenza del console inglese; il matrimonio fu dalle Corti inglesi dichiarato nullo per inosservanza della legge belga (1). Due inglesi domiciliati in Inghilterra sposano al Giappone davanti ad un ministro presbiteriano: per la stessa ragione il matrimonio è nullo (2). Due irlandesi, domiciliati in Irlanda, sposano in Inghilterra davanti ad un sacerdote cattolico romano non competente: il matrimonio è nullo (3). Due scozzesi domiciliati in Scozia sposano in Inghilterra mediante una dichiarazione fatta in presenza di testimoni: il matrimonio è nullo (4), ecc., ecc. Da queste decisioni si rileva che in Inghilterra si dà applicazione alla regola così nei rapporti internazionali come nei rapporti fra le varie parti del Regno Unito e dei possedimenti britannici: del resto l'applicazione assoluta della regola, anche nei rapporti interstatuali interni, per così dire, si deriva molto semplicemente anche dall'atto di lord Brougham, del 29 luglio 1856; perchè le Corti inglesi non riconoscessero validi i matrimoni degli inglesi a Gretna-Green e in tutta la Scozia vi fu bisogno di una legge che ne subordinasse la validità ad una preventiva residenza di ventun giorno; disposizione legislativa che fu presa solo perchè il Parlamento inglese ha autorità di legiferare per la Scozia, ma che nè il Parlamento, nè le Corti inglesi estenderebbero certo ad altri paesi non soggetti alla corona britannica, essendochè è giustamente ammesso come la legge straniera del luogo di celebrazione del matrimonio valga a determinare anche l'obbligo della residenza preventiva pure per gli inglesi: così che sarebbe valido in Inghilterra il matrimonio concluso da due inglesi appena posto il piede sul territorio degli Stati Uniti d'America dove non è richiesta nessuna preventiva residenza e viceversa « il fatto che la legge di un paese, non permette ai fidanzati di sposare senza avere una residenza di sei mesi, non autorizza i sudditi britannici, che vi risiedessero per un tempo meno lungo, a contrarre un matrimonio valido senza aver soddisfatto alle condizioni della legge locale » (5).

(1) Kent c. Burgess, 11, *Simon's Rep.*, 361. Il matrimonio era stato contratto nel 1838, anteriormente quindi al *Foreign Marriage Act* che è del 1849.

(2) Queen c. Millis, 10, *Clarke et Finnely's Rep.*, 534.

(3) Dicey-Stocquart, *op. cit.*, vol. II, pag. 82.

(4) Ibidem.

(5) Decisione del cancelliere Eldon in Dicey-Stocquart, *op. cit.*, vol. II, n° 169.

È degna di nota poi la troppo estensiva interpretazione che la giurisprudenza inglese dà così alla parola forma come al principio *l. r. a.* Per quanto il giudice Cotton nella causa Sottomayor contro De Barros si sia espresso così: « La loi du pays où le mariage a été célébré doit seulement régler toutes les questions ayant trait à la régularité de la cérémonie; mais pour le mariage comme pour tout autre contrat, la capacité des parties dépend de la loi du domicile » (1), questa è la sua opinione individuale, ma non quella prevalente nella giurisprudenza del suo paese. Ed invero R. Phillimore nel decidere lo stesso caso, e lord Campbell nell'altro celebre caso Brook c. Brook, distinguono fra gli *essentials* retti secondo loro dalla *lex domicilii* e le *forms* rette dalla *lex loci celebrationis;* ma con la parola *forms* comprendono anche alcuni elementi di capacità, come il consenso dei genitori, gli atti rispettosi del Cod. francese, tutte le autorizzazioni insomma che integrano la capacità degli sposi (2). Del resto per vedere la confusione quasi costantemente fatta dalla giurisprudenza inglese fra gli elementi di validità estrinseci del matrimonio e alcuni degli intrinseci, basta scorrere tutte le sentenze più su citate, dove la parola *form* e la regola *l. r. a.* sono applicate a casi che si riferiscono appunto, per es., al consenso degli ascendenti o del tutore, basta confrontare i §§ 14 e 15 col § 17 dell'opera del Westake (3), ed esaminare così i motivi come le critiche alla sentenza nel caso Simonin c. Maillac (4): si trattava precisamente di un matrimonio contratto da due francesi in Inghilterra senza il consenso dei genitori; i tribunali francesi annullano il matrimonio; si

(1) *J. D. I. P.*, 1878, pag. 50.

(2) STOERK, *De la cond. lég. des étrang. en Prusse*, *J. D. I. P.*, 1883, pag. 7, nota di BEAUCHET.

(3) WESTLAKE, *op. cit.* Dopo aver stabilito (§ 13) che le forme del luogo sono indispensabili per la validità del matrimonio scrive: « § 14. È indispensabile per la validità dei matrimoni che la *lex loci actus* sia soddisfatta per ciò che riguarda il consenso dei genitori o dei tutori. — § 15. È egualmente indispensabile alla validità del matrimonio che la *lex loci actus* sia soddisfatta, sia in ciò che concerne la capacità delle parti a contrarlo, sia relativamente ad ogni altra causa d'incapacità assoluta o relativa ». E poi continua: « § 17. È indispensabile alla validità di un matrimonio che si osservi la legge personale di ambedue le parti, in ciò che concerne la loro capacità di contrarlo, sia in modo assoluto per ciò che riguarda l'età, sia in modo relativo per ciò che riguarda i gradi di consanguineità o di affinità ».

(4) *J. D. I. P.*, 1879, pag. 521 e 1883, pag. 7.

domanda alle Corti inglesi la conferma della sentenza francese, e queste decidono in favore della validità « perchè il consenso degli ascendenti richiesto dalla legge francese non costituisce che una semplice formalità ». Al Foote (1) questa decisione non soddisfa e così la critica: « Sir Cruwell decise che il matrimonio era valido principalmente per il motivo che la capacità o l'incapacità degli individui a contrattare dipende dalla legge del luogo dove il contratto si fa..... Le parti non erano dalla loro legge nazionale impedite in modo assoluto di maritarsi. ma solo di maritarsi senza certi preliminari. Una tale proibizione non concerneva dunque gli *essentials*, ma solo le *forms* del matrimonio, e queste sono rette dalla *lex loci celebrationis* ».

È la solita confusione fra la forma dell'atto e le inesattamente dette formalità abilitanti, la quale, del resto si capisce come possa esser, più frequentemente che sul continente, fatta in Inghilterra, dove il principio di territorialità domina ancora abbastanza largamente anche nei giudizi sulla capacità degli stranieri.

10. L'applicazione della regola nostra è pure largamente fatta dalla giurisprudenza americana del Nord; per i conflitti che possono sorgere fra le differenti legislazioni degli Stati che formano l'Unione vige assolutamente; il Rorer (2) la espone quasi come un assioma: « a marriage valid where made, valid everywhere — invalid where made, invalid everywhere ». Non bisogna però dimenticare che della validità formale del matrimonio non si giudica in America solo secondo lo statuto particolare di uno Stato dell' Unione, ma anche secondo la *common law:* quindi la regola esposta dal Rorer trova applicazione solo quando, non riscontrandosi in una unione i caratteri del matrimonio secondo la *common law*, bisogna riferirsi alle leggi dello Stato in cui è stato contratto, per sapere se la forma di celebrazione era quella necessaria e sufficiente a produrre gli effetti giuridici matrimoniali.

La seguente decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti (3) spiega meglio ancora lo stato del diritto americano: quando, dice la sentenza che riassumiamo, gli statuti di uno Stato regolano le forma-

---

(1) Foote, *Treatise on priv. internat. jurisprud.*, pag. 50.

(2) Rorer, *Interstate American Law*, chap. XVIII, pag. 241 e sentenze citate ivi e in *J. D. I. P.*, 1875, pag. 317 e in aut. cit. a nota 1, pag. 250.

(3) Meister c. Moore, 17, *Albany Law Journ.*, pag. 97 e *J. D. I. P.*, 1878, pag. 541. Vedi anche la sent. della Corte Supr. dell'Illinois, 17 giugno 1887, 36, *Alb. Law Journ.*, 269 e *J. D. I. P.*, 1888, pag. 140.

lità della celebrazione dei matrimoni e puniscono con certe penalità le infrazioni alle loro disposizioni, nella mancanza di una clausola espressa che pronunci la nullità dei matrimoni che non fossero stati celebrati conformemente a queste prescrizioni o che vieti ad ogni altra persona, che non sia il magistrato o il ministro determinato, di procedere alla loro celebrazione, ogni matrimonio conchiuso conformemente al diritto comune è valido, sebbene gli statuti dello Stato non siano stati osservati. Tali disposizioni non sono prescritte sotto pena di nullità: l'istituto del matrimonio deriva dal diritto comune perchè è interesse dello Stato l'incoraggiarlo. Ammettere un'altra soluzione condurrebbe a dichiarare illegittimi i figli di persone le quali non sanno d'aver violato la legge. Per conseguenza un matrimonio celebrato nello Stato del Michigan non può essere dichiarato nullo quantunque il ministro o il magistrato, di cui la presenza era richiesta dalla legge del Michigan, non abbia assistito alla cerimonia.

Ma se ciò ha vigore nei conflitti interstatuali americani non può trovar applicazione ai veri e propri conflitti internazionali dove, secondo il diritto americano, impera la regola *l. r. a.* (1) sebbene, come vedremo, ad essa non sempre si voglia dar valore imperativo. Secondo il Cushing, Attorney generale degli Stati Uniti (2), « il principio americano, per ciò che riguarda il matrimonio, è che fra persone *sui juris* debba essere regolato dalla legge del paese dove è stato celebrato. Se questa legge lo dichiara valido, quand'anche le parti contraenti non fossero che di passaggio per quel luogo e quand'anche, secondo la legge del loro domicilio, non fosse valido, nè quanto alla forma, nè quanto alla sostanza, avrà tuttavia pieno valore, salvo forse qualche eccezione, per es., nel caso d'incesto o di poligamia. Se il matrimonio non è valido dove è stato celebrato non è valido in nessun altro luogo ». Da queste parole si rileva la solita confusione fra elementi intrinseci ed estrinseci di validità del matrimonio, ma chiara appare altresì la prevalenza che il diritto americano dà alla *lex loci celebrationis*. Tuttavia errerebbe chi interpretasse le parole del Cushing, del Wharton, del Rorer, ecc., nel loro senso più assoluto ed esclusivo: prima di tutto, secondo il Wharton, una deroga alla regola *l. r. a.* deve

(1) Wharton, *Commentaries on American Law*, chap. v, § 275 e *A Treatise on the conflict of Laws*, § 169 e seg., e *Du Mar. aux États Unis*, *J. D. I. P.*, 1879, pag. 508, 13-16, ecc.; Rorer, *op. cit.*, loc. cit. e aut. inglesi cit. a nota 1, pag. 250; Lawrence, *op. cit.*, vol. III, pag. 364 e seg.

(2) Lawrence, *op. cit.*, loc. cit. e Story, *op. cit.*, § 112 e seg.

esser fatta per i matrimoni celebrati all'estero da americani domiciliati in America (1); « se le parti contraenti hanno, al momento della loro unione, il loro domicilio nel paese dove il matrimonio è celebrato, esse sono tenute a rispettare le leggi di questo paese, e se il matrimonio è nullo secondo queste leggi è nullo nel mondo intero » (vedremo come anche questo non sia, secondo la giurisprudenza americana, strettamente vero), « ma se un matrimonio è stato celebrato all'estero fra cittadini degli Stati Uniti aventi il loro domicilio agli Stati Uniti? ». In tal caso il Wharton sostiene come non debba più imperare, circa alla forma, la *lex loci* ma la *lex domicilii*, e quindi come debba essere riconosciuto valido in America, secondo i principii della *common law*, un matrimonio concluso in Italia, p. es., con il semplice scambio dei consensi da due americani domiciliati in America: non solo, ma dovrà esser valido anche il matrimonio in tal modo contratto da due europei in Europa alla vigilia della loro emigrazione in America perchè « il loro domicilio matrimoniale si trova, effettivamente, nel paese dove hanno intenzione di stabilire la sede della loro vita coniugale »!

Nè basta ancora: non pure i giudici americani decidono, secondo la *common law*, della validità dei matrimoni conclusi all'estero quando gli sposi siano americani, domiciliati in America o, secondo il Wharton, stranieri che sono sul punto di dare esecuzione all'intenzione loro di emigrare in America, ma anche quando una sola delle parti sia americana, pure non avente agli Stati Uniti il domicilio e anche quando si tratti di giudicare un matrimonio concluso in Europa da due europei. I due casi seguenti ci attestano la possibilità della sanzione accordata a tali assurdi giuridici. Hynes, cittadino degli Stati Uniti andato in Inghilterra al principio del 1871, prima del maggio dell'anno stesso strinse delle relazioni illecite con certa Saunders suddita inglese: nel maggio le diede un anello dicendole che se voleva portarlo ed essergli fedele la avrebbe considerata come sposa, come se si fossero sposati in chiesa: così avvenne e tanto in Inghilterra come in Francia, dove risiedettero per qualche tempo, Hynes coabitò con la Saunders, la presentava e la trattava come sua moglie e come suoi figli quelli avuti da lei. Morto l'Hynes, per giudicare del diritto dei figli alla succes-

(1) Wharton, *Du mar. aux États Unis*, *J. D. I. P.*, 1879, pag. 509 e seg., e motivi della sent. della Corte app. Nuova York, 6 marzo 1883, Hynes c. Mc. Dermott, *J D. I. P.*, pag. 431 e seg.

sione paterna, la Corte d'appello di Nuova York decise (1) che erano figli legittimi e come tali avevano diritto alla eredità del *de cujus*, perchè, secondo la legge dello Stato di Nuova York un matrimonio può esser contratto con un semplice accordo di volontà seguìto da coabitazione: perchè in ogni caso il possesso di stato stabilisce in favore dell'esistenza del matrimonio una potentissima presunzione, che non può essere distrutta che da una prova contraria chiara, precisa e concludente; finalmente, perchè il matrimonio conchiuso all'estero è sottomesso, quanto alle forme richieste per la validità, alla *lex loci;* ma se non è fornita la giustificazione delle forme richieste dalla legge straniera, « *il giudice può presumere che queste forme siano le stesse che quelle ammesse nello Stato di Nuova York* ».

Una certa Scard francese rimase incinta per rapporti illeciti con certo Ferrié francese; il matrimonio fra di loro non fu celebrato per opposizione del padre del Ferrié: solo sul registro delle pubblicazioni era stata fatta menzione della pubblicazione del matrimonio fra la Scard ed il Ferrié, ma in margine era stata scritta la parola « néant » e la menzione accuratamente cancellata. Nato il bambino nel 1800, fu battezzato come figlio legittimo, gli fu imposto il nome di Giovanni Ferrié ed al battesimo erano testimoni due membri della famiglia Ferrié. Tutto ciò avveniva in Francia. Dopo quattro anni, abbandonata dal Ferrié, la Scard si recava insieme ad un altro uomo a Nuova York e dopo qualche tempo chiamava in America il figlio. Morta, la Corte d'appello di Nuova York (2) dichiarò esservi stato vero e proprio matrimonio in Francia fra la Scard ed il Ferrié, ed essere il figlio legittimo per applicazione del solito principio americano che il solo consenso costituisce il matrimonio.

Nel caso Hynes-Saunders le ragioni che il giudice di Nuova York adduce in favore della validità del matrimonio, si possono fino ad un certo punto comprendere: in mancanza della prova che quel matrimonio sia nullo in Inghilterra ed in Francia, io presumo, dice, che le leggi inglesi e francesi siano eguali alle mie; se fossero differenti la parte interessata non mancherebbe di dimostrarmelo (3); ora dato che al giudice americano non sia fatto obbligo di appli-

(1) Sentenza del 6 maggio 1883, Hynes c. Mc. Dermott, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 428.

(2) *J. D. I. P.*, 1874, pag. 214.

(3) Vedi i motivi della sent. specie a pag. 432, *J. D. I. P.*, 1884.

care la legge straniera se non se ed in quanto le parti ad essa facciano richiamo, si può sotto un certo aspetto comprendere la sentenza la quale sotto ogni altro aspetto è assurda; ma nel caso Ferrié-Scard, il giudice sapeva per assunte informazioni come in Francia non sarebbero stati mai considerati come coniugi, e tuttavia applicò la legge americana e in base a questa attribuì il valore di una vera celebrazione di matrimonio a fatti avvenuti tra francesi in Francia, e che in questo Stato non potevano produrre nessun effetto giuridico matrimoniale!

Del resto tutto questo non può affatto meravigliare quando fra i più importanti motivi delle due sentenze in favore della validità dei matrimoni si trovano questi: « La legge presume la moralità e non l'immoralità; il matrimonio e non il concubinaggio, la legittimità e non la bastardaggine . . . . . (1), deve favorire il matrimonio e la legittimità, presumere il matrimonio ogni volta che ciò sia possibile . . . . La questione della validità d'un matrimonio non può essere giudicata come una questione di fatto indipendente da ogni presunzione in favore del matrimonio » (2), quando infine il Wharton, certo uno dei più competenti giuristi americani, osa sostenere l'opinione surriferita con tali argomenti (3): « senza dubbio noi dobbiamo tener conto della massima *l. r. a.*; ma il matrimonio è forse un semplice contratto? o non è piuttosto una istituzione fondamentale dello Stato, senza il cui mantenimento lo Stato perirebbe e la conservazione della quale nelle forme più profittabili ai pubblici interessi deve essere uno dei fini principali d'una politica seria? La politica dei paesi europei dove la popolazione sovrabbonda non è forse quella d'impedire i matrimoni? . . . . . e non è invece importante per noi d'incoraggiare simili unioni? invece d'essere un inceppamento, i figli non sono forse un aiuto in un paese nuovo? . . . Gli autori delle leggi americane si sono accordati (e appena si potrebbe citare una sola eccezione) a respingere i principii europei che pronunciano la nullità dei matrimoni celebrati senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge locale. In altri termini, il matrimonio, secondo il nostro modo di concepirlo è una istituzione internazionale che si realizza quando due persone capaci convengono

(1) Ibidem.
(2) *J. D. I. P.*, 1874, pag. 216.
(3) Wharton, *op. cit.*, spec. pag. 513 e 515, *J. D. I. P.*, 1879.

di prendersi reciprocamente per marito e moglie ». E ancora: « noi sosteniamo che voi, Stati europei, non potete infliggere fuori del vostro territorio una incapacità all'uomo che noi dichiariamo libero de' suoi atti. Ora dove potete trovare una incapacità più seria e più disonorante della illegittimità? Esiste forse un diritto più importante per la società e l'individuo del diritto al matrimonio? Se noi decidessimo che la massima *l. r. a.* regola in modo definitivo l'unione coniugale, i nostri concittadini viaggianti all'estero sarebbero sottomessi al buon volere del sovrano dello Stato dove soggiornassero! ». Non più: quelle sentenze e queste argomentazioni sono un saggio eloquente più che abbastanza dei principii malauguratamente accolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza americane, contro i quali voci ben più autorevoli della nostra (1) si son levate, deplorandoli.

Fra gli Stati poi che hanno una legislazione matrimoniale simile a quella dell'Inghilterra o a quella dell'America, l'Irlanda e la Scozia (2), per quanto ci consta, applicano come l'Inghilterra il principio *l. r. a.;* e così pure la Danimarca: in questo Stato la giurisprudenza è costante nel riconoscere la validità dei matrimoni celebrati civilmente all'estero dai danesi anche se appartenenti a confessioni religiose riconosciute dallo Stato; è bensì vero che se questi ritornano in patria e vi si domiciliano, le norme religiose richiedono che la loro unione sia convalidata mediante la benedizione nuziale, ma è questa una disposizione puramente religiosa dalla cui inosservanza non deriva la invalidità del matrimonio di fronte alla legge: sembra pure indubitato, sebbene non si conoscano sentenze danesi in proposito, che un matrimonio celebrato solo religiosamente da danesi in uno Stato che ammette solo il civile sarebbe in Danimarca calcolato nullo (3).

11. Finora abbiamo considerato i conflitti che sorgono circa alla forma del matrimonio fra le legislazioni degli Stati civili; ma l'ipotesi è differente e forse differente potrebbe essere la soluzione per i matrimoni conclusi da stranieri negli Stati dove vigono le capitolazioni, nei paesi barbari o selvaggi, o infine in territori nei quali per una

---

(1) Catellani, *op. cit.*, cap. v, n° 477, note alle due sent., *J. D. I. P.*, loc. cit., e specialmente le violentissime, acerbe critiche del Laurent, *op. cit.*, vol. V, ni 16-31.

(2) Dicey-Stocquart, *op. cit.*, n° 184, vol. II, pag. 82, nota *m*.

(3) Lawrence, *op. cit.*, vol. III, pag. 354 e *Dänische Rechtsprechung*, *Z. I. P. R.*, vol. I, pag. 228.

od altra ragione non si creda possibile seguire la legge locale o questa non si voglia riconoscere competente a reggere la forma del matrimonio di due stranieri.

Per i matrimoni contratti da sudditi degli Stati civili d'Europa e d'America negli Stati mussulmani e in quelli dell'estremo Oriente, dove in virtù in parte di trattati, in parte di consuetudini da lungo tempo consolidatesi, agli europei ed americani è fatta una condizione privilegiata, si volle sostenere che dovessero essere fatti secondo la forma della legge personale, rifiutando qualunque competenza alla legge territoriale. Il tribunale consolare italiano di Costantinopoli, giudicando di un matrimonio in quella città contratto da un italiano con una greca secondo il rito cattolico, dichiarò (1) « non valido il matrimonio contratto da un italiano con una straniera in Costantinopoli, avanti la sola autorità religiosa ». Il tribunale ammetteva il valore generalmente attribuito alla regola *l. r. a.*, riconosceva che secondo la legge ottomana i matrimoni fra cristiani celebrati dal sacerdote cristiano sono validi, ma riteneva la regola inapplicabile agli italiani residenti in Turchia, perchè questi devono godere del beneficio dell'esterritorialità che il diritto delle genti accorda agli agenti diplomatici ed i loro atti devono esser retti, anche quanto alla forma, dalla legge nazionale. Ma la Corte di Torino (2) riconobbe poi la piena validità del matrimonio che in identico caso era stata pure ammessa dalla Corte d'appello di Napoli (3).

In questo senso decisero pure le Corti francesi nei casi di matrimonio a Costantinopoli fra un francese cattolico ed un suddito ottomano di religione greca, fatto davanti ad un sacerdote cattolico (4), di un siriano d'origine, ma godente la qualità di francese per il suo soggiorno ad Algeri, ed una suddita ottomana fatto al Cairo davanti a un sacerdote greco, essendo greca la religione degli sposi (5), di

---

(1) 17 marzo 1870, Lombardi c. Arnao, *Gazz. Giudiz.*, XXIII, 1, 166. In favore di tale decisione Féraud-Giraud, *De la juridict. franç. dans les échel. du Levant et de Barbarie*, vol. II, pag. 102 e seg.; Gatteschi, *Du dr. intern. pub. et privé en Egypte*, *Revue histor. du dr. fr. et étr.*, 1862; Despagnet, *op. cit.*, n° 287; Surville-Arthuys, *op. cit.*, n° 284.

(2) Cass. Torino, 29 luglio 1870, *Ann. Giurispr.*, IV, 1, 225.

(3) Corte app. Napoli, 4 febbraio 1870, Elia c. Del Balzo, *Legge*, 1871, 1, 60.

(4) Trib. cons. fr. di Costantinopoli, 1° giugno 1877 e Aix, 19 dicembre 1877, *J. D. I. P.*, 1878, pag. 273.

(5) Trib. cons. fr. di Costantinopoli, 17 marzo 1882 e Aix, 22 febbraio 1883, Ibid., 1883, pag. 171.

un francese cattolico ed una straniera greca di religione, celebrato a Smirne coi riti della Chiesa greca, che nel caso erano quelli cui dovevano, data la differenza di religione, ricorrere, ecc. ecc. (1). Il Tribunale dell'Impero germanico confermando una sentenza consolare d'Alessandria decise pure per la validità d'un matrimonio contratto a Gerusalemme davanti ad un pastore protestante da due protetti germanici o meglio da due sudditi germanici *de facto* (2), e la Corte inglese di cancelleria avrebbe pure deciso in favore della validità di un matrimonio concluso in Persia, a Teheran, da un sacerdote cattolico, se le parti, nella fattispecie, fossero state capaci (3) e l'Alta Corte riconobbe valido il matrimonio concluso da un tale Brinkley inglese con la giapponese Yasu Tanka, al Giappone, secondo le forme locali, il 25 marzo 1886 (4).

La giurisprudenza è quindi costante: da parte nostra non possiamo che applaudire; ed invero se gli stranieri godono in Turchia e nei paesi d'Oriente di certe immunità che li sottraggono alla giurisdizione locale, non è questa una ragione sufficiente per spiegare la loro condizione giuridica con la finzione dell'esterritorialità (5). La pretesa esterritorialità, come bene dice il Fiore (6), accordata ai sudditi cristiani che risiedono sul territorio ottomano non è altro in fatti che una formola dottrinale adottata per designare in modo generale l'insieme delle franchigie e delle esenzioni di cui gli europei godono in Turchia, in virtù delle capitolazioni; ma questa condizione privilegiata non arriva fino a far considerare gli europei come continuassero a risiedere nella loro patria e a limitare a loro riguardo l'applicazione della regola *l. r. a.* (7).

---

(1) Trib. cons. francese di Costantinopoli, 12 settembre 1890, *J. D. I. P.*, 1890, pag. 914, e nota relat. di PALLAMARY, Ibid., 1891, pag. 283. Vedi inoltre stesso Tribunale, 3 agosto 1861, *Sir.* 65, 1, 317; Aix, 20 maggio 1862, D. 63, 2, 48; Trib. cons. fr. di Salonicco, decis. del 1869-70 e di Costantinopoli, 17 giugno 1862, *J. D. I. P.*, 1883, pag. 171; Cass. 18 aprile 1865, D. 65, 1, 342, e motivi sentenza Trib. Senna, 30 dicembre 1892, *J. D. I. P.*, 1893, pag. 412.

(2) Trib. cons. germ. d'Alessandria, 20 giugno 1889 e dell'Impero, 26 febbraio 1891, *J. D. I. P.*, 1892, pag. 240 e *Z. I. P. R.*, vol. II, pag. 25.

(3) Corte di Cancell., 4 dicembre 1874, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 27.

(4) Alta Corte, divisione dei *probate*, 8 febbraio 1890, Ibid., 1890, pag. 713.

(5) SALEM, *Du mar. des étr. en Turquie*, *J. D. I. P.*, 1889, pag. 23 e seg.

(6) FIORE, *Du mar. célébré à l'étr.*, n° 18, Ibid., 1886, pag. 308 e *Trattato*, vol. II, n° 548.

(7) Vedi in favore CATELLANI, *op. cit.*, cap. V, n° 464; WEISS, *op. cit.*, pag. 467,

Inoltre poi le capitolazioni permettendo agli stranieri di contrar matrimonio davanti ai rappresentanti della loro patria non tolgono ad essi il diritto di riferirsi alle forme legali adottate nel paese dove hanno stabilito la loro residenza: hanno concesso agli stranieri una facoltà di opzione, non hanno già loro tolto la possibilità di ricorrere alla *lex loci*. Se si vuol poi estendere la vieta finzione dell'esterritorialità fino al punto cui voleva il Tribunale consolare italiano, si arriva all'assurdo che le capitolazioni invece di procurare agli stranieri in Oriente una posizione privilegiata li pongono sotto certi riguardi in condizione peggiore di quella che avrebbero senza le concesse immunità: difatti se non si riconosce valido il matrimonio fatto in Turchia da stranieri secondo le forme locali, siccome quasi tutti i consoli degli Stati civili non sono autorizzati a celebrar matrimoni che fra loro connazionali, si avrà la conseguenza che in Oriente un francese non potrà sposare un'austriaca, nè un tedesco una italiana: l'esterritorialità mai più che in questo caso giustificherebbe il suo nome di finzione, poichè per essa il francese dovrebbe essere considerato come in Francia, l'italiano come in Italia, ma il matrimonio che potrebbero benissimo concludere in Francia ed in Italia è reso loro impossibile in Turchia grazie a codesta finzione.

Naturalmente poi noi ammettiamo con la concorde giurisprudenza la prevalenza della *lex loci* purchè la forma cui ricorrono le parti sia una forma cui la legge locale concede gli effetti giuridici matrimoniali: del resto nei casi esposti la condizione era perfettamente osservata, perchè per es. per la Turchia una antica consuetudine prima e poi la legge del 1881 hanno riconosciuto e confermato il diritto dei capi delle comunità non mussulmane di celebrare il matrimonio delle persone che appartengono alla loro religione (1).

Ma la regola *l. r. a.* troverà pure applicazione nei matrimoni contratti da europei in paesi semi-barbari o selvaggi? La dottrina su questo punto tace e la giurisprudenza due sole volte (2), per

---

nota 4; SALEM, *op. cit.*, loc. cit.; PALLAMARY, nota cit.; CLUNET, *Quest. et sol. prat.*, 70, *J. D. I. P.*, 1892, pag. 418; MARTENS, *Das Consularwesen*, pag. 41. Cfr. anche la interessante nota alla sentenza del Tribunale dell'Impero germanico 26 febbraio 1891 e gli autori in essa citati in *Z. I. P. R.*, vol. II, pag. 25.

(1) Art. 23 della legge Nefuz-Nizamnamessi dell'anno 1298 dell'Egira; SALEM, *op. cit.*, pag. 27; NICOLOPULO, *Les priv. de l'égl. ortodoxe en Turquie*, *B. S. L. C.*, 1892, pag. 226.

(2) Bisognerebbe aggiungere anche alcune decisioni delle Corti del Canadà,

quanto ci è dato di sapere, si è pronunciata in simile ipotesi: sono due sentenze inglesi, una nel caso Brinkley-Yasu Tanka già citato, la quale non già considerando come paese barbaro il Giappone nel 1886, Stato dove era stato contratto il matrimonio, ma incidentalmente dichiarò che il matrimonio contratto in un paese anche *pagano* è valido se fatto secondo le forme della *lex loci*, ma che la dichiarazione di validità sarebbe rifiutata al matrimonio contratto da un inglese con una donna indigena, in un paese che ammette la poligamia (1); l'altra in uno strano caso: Cristoforo Bethell, residente inglese presso Montsioa, capo della tribù dei Baralong nel Betchouanaland, rimasto in Africa dopo la fine della sua missione, sposò, secondo i costumi della tribù, Teepoo nipote di Montsioa e figlia di Mousitox, altro capo di tribù: morto il Bethell nel 1884, poco dopo Teepoo diede alla luce un bambino avuto da lui: il Bethell aveva fatto « una specie di testamento » nel quale lasciava a Teepoo ed al nascituro le sue armi, munizioni, i suoi carri, buoi, cavalli ed altri oggetti: ma egli aveva ereditato nel Yorkshire una proprietà d'un certo valore ed era questa che si voleva far aggiudicare al figlio di Teepoo. Il giudice Sterling dichiarò che un matrimonio celebrato secondo le costumanze dei Baralong non può avere nessun valore di fronte alla legge inglese, ma raccomandò agli eredi Bethell di far qualche cosa per il figlio di Teepoo che è, disse, « il figlio d'un loro prossimo parente » (2).

Abbiamo dunque due casi nel primo dei quali è ammessa la com-

---

per es., quelle nel caso Connoly c. Woolvich (11, *Lower Canada Jurist.*, 197). « Una unione contratta in un paese dove non ci sono preti, non magistrati, nessun potere civile o religioso, non registri, non accompagnata da nessuna cerimonia civile o religiosa, sarà considerata come matrimonio valido, se tale unione è formata secondo gli usi del paese dove ebbe luogo, ed è seguita da una lunga coabitazione e possesso di stato durante il quale si è formata una numerosa famiglia »; e così le altre Jones c. Fraser, *Quebec Law Reports*, 327, e Fraser c. Poullot, 13, *Revue Légale*, 520; ma in questi casi della validità o meno del matrimonio, si giudica più col criterio dell'*habit and repute* che con quello della efficacia giuridica della forma di celebrazione.

(1) Sent. cit. a nota 4, pag. 260.

(2) Alta Corte di giustizia divis. di Cancell., febbraio 1888, *J. D. I. P.*, 1889, pag. 129; DICEY e STOCQUART (*op. cit.*, vol. II, n° 170) dicono che se due sudditi italiani domiciliati in Italia si sposassero in China, secondo una forma locale che fosse dichiarata valida da un tribunale italiano, le Corti inglesi giudicherebbero nello stesso senso e citano FRASER, *Husband and Wife*, pag. 1313-14.

petenza delle costumanze locali, purchè nel paese dove il matrimonio è contratto non sia permessa la poligamia, nel secondo non è riconosciuta nessuna efficacia alla forma locale. Dai motivi della sentenza però sembra che anche nel caso Bethell-Teepoo la considerazione la quale indusse il giudice inglese a negare validità a quella unione, non tanto sia stata quella che la forma delle consuetudini nuziali della tribù africana fosse priva di ogni valore giuridico, quanto quella invece che, secondo gli usi dei Baralong, il Bethell avrebbe avuto il diritto di sposare altre donne (1); lo si può facilmente anche dedurre dal fatto che il giudice riconobbe alcuni diritti di figlio, almeno di figlio naturale, a quello nato dall'inglese e dall'africana.

Ora tali considerazioni, che farebbero decidere pro o contro la validità di un matrimonio contratto in quelle condizioni, secondo che non vige o vige la poligamia in quel paese semi-barbaro, se possono aver valore per il giudice inglese il quale ordinariamente applica la *lex loci* per giudicare di tutti gli elementi così estrinseci come intrinseci di validità del matrimonio, non possono aver nessun valore per noi che, giudicando della validità intrinseca del matrimonio secondo la legge personale, non possiamo neppur lontanamente dubitare che il fatto di sposare in un paese dove ha vigore la poligamia possa far da noi attribuire all'italiano che si è unito colà in matrimonio il diritto di prendere altre mogli: la questione per noi si limita alla validità estrinseca del matrimonio, e relativamente a questa non crediamo di poter dare un principio sicuro e immutabile. Siamo nel caso di conflitti fra la legge di uno Stato civile e gli usi giuridici di una società, a cui forse mancano gli elementi per esser riconosciuta Stato e che in ogni caso non è certo uno Stato che faccia parte della comunità giuridica internazionale: bisognerà lasciare largo campo d'azione al prudente arbitrio del giudice, il quale dovrà tener conto delle condizioni in cui tale presunto matrimonio è stato contratto, del carattere più o meno giuridico che hanno tali usi nuziali, della necessità di ricorrervi, mancando autorità consolari, ecc., ecc.

12. All'impero che largamente è ammesso alla regola *l. r. a.* non v'è nessun caso nel quale vi si possa fare eccezione per i matrimoni contratti da stranieri nel territorio o da cittadini all'estero?

---

(1) Vedi sentenza citata e richiami ad essa in *J. D. I. P.*, 1890, pag. 715, e HOWARD ELPHINSTONE, *op. cit.*, pag. 58.

Una eccezione è stata ammessa nell'America del Nord: un matrimonio fra indiani, celebrato nel Missouri conformemente ai costumi della tribù indiana e sotto il controllo d'un agente del governo degli Stati Uniti, è stato dichiarato valido, sebbene le leggi del Missouri non fossero state osservate (1); e la Corte suprema del Michigan dichiarò che un altro matrimonio fra indiani, con forme indiane, celebrato in America in un'epoca in cui non esisteva una legge sui matrimoni indiani, deve esser riconosciuto valido dai tribunali americani (2); queste eccezioni però non possono avere grande importanza per noi, essendovi stata in un caso la concessione dello Stato ed il suo controllo per mezzo dell'agente, avendo generalmente gli indiani conservato agli Stati Uniti le loro leggi personali (3) nei loro reciproci rapporti e specialmente ricordando la enorme facilità di contrar matrimonio che è ammessa in America.

Maggiore importanza ha per noi il fatto, che le Corti inglesi hanno riconosciuto validi i matrimoni contratti da ebrei in Inghilterra con le forme ebraiche (4) e da inglesi davanti ad un ministro protestante in paesi, dove la forma del matrimonio era esclusivamente quella religiosa cattolica. Nella famosa causa Trafford c. Blanc, una delle tante questioni di diritto internazionale che si agitarono è stata quella appunto della validità di un matrimonio, *per verba de presenti*, conchiuso circa nel 1821 fra il Trafford e certa Carmela Pedata, a Napoli, dove allora vigeva esclusivamente la forma tridentina. Così pure nella specie conosciuta col nome di « Lord Cloncurry's Case » le Corti inglesi hanno dichiarato valido il matrimonio celebrato fra protestanti, davanti al ministro protestante negli Stati pontifici (5). Il criterio che inspira queste decisioni è quello così espresso da Lord Elden nel caso Sussex Peerage (6): « Si deve provare che il matrimonio è stato contratto secondo la *lex loci* o che non si ha potuto osservarla o che una tale legge mancava. Ora siccome un prete cattolico romano è venuto a dichiarare davanti alla Corte che

(1) Boyer c. Dively, *J. D. I. P.*, 1876, pag. 207.
(2) Koboguin c. Jackson Iron, Ibid., 1891, pag. 1023.
(3) Ibidem.
(4) Goldsmid c. Bromer, 1, *Haggard's Rep.*, 924; Lindo c. Belisario, Ibid., 1, 216; D'Aguilar c. D'Aguilar, Ibid., 1, 773; Howard W. Elphinstone, *op. cit.*, *Law Quat. Review*, 1889, pag. 57.
(5) Howard W. Elphinstone, *op. cit.*, pag. 56.
(6) Koenig, *Mar. contr. par des angl. à l'étr.*, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 279.

gli sposi protestanti non possono, a Roma, maritarsi secondo la *lex loci* perchè nessun prete cattolico vorrebbe procedere alla loro unione, bisogna ammettere la validità del matrimonio, che, nel caso, era stato a Roma celebrato da un ministro protestante ».

La stessa cosa press'a poco dice il Westlake (1): « Quando un matrimonio valido secondo la *lex loci* è impossibile perchè non c'è legge di questo genere applicabile nel caso, le parti possono sposarsi nelle forme, per quanto possono osservarle, e col consenso che esige rispettivamente la loro legge ». Ora questa impossibilità secondo il criterio della giurisprudenza inglese non è solo quella assoluta quando manchi, p. es., qualsiasi forma di celebrazione come in un paese selvaggio, ma anche quella relativa, come quando c'è una forma ma l'osservanza sua agli inglesi è difficile od offende i sentimenti religiosi degli sposi.

Per noi è questa una eccezione inammissibile: comprendiamo ed ammettiamo che dove manchi assolutamente una legge, come in un paese barbaro, possano validamente due inglesi sposare davanti ad un ministro anglicano o due austriaci cattolici davanti ad un sacerdote cattolico; ma allora abbiamo una impossibilità assoluta di seguire la legge locale perchè questa non esiste: sarebbe il caso analogo a quello, in cui il giudice italiano dovrebbe applicare la legge del domicilio per giudicare dello stato e della capacità di un *heimatlos*. Ma quando questa legge locale non manca, essa è l'unica che deve imperare: si può rispondere che in tal modo si vieta agli stranieri di concludere valido matrimonio se la forma locale è contraria ai loro sentimenti religiosi: sarà certo questo un inconveniente, ma inferiore senza dubbio a quello di attribuire in certo modo, a codesti stranieri, il pericoloso diritto di instituire per loro uso e consumo, nel paese in cui si trovano, una nuova forma di matrimonio: il quale poi, in tale forma celebrato, potrà forse essere ammesso come valido nella loro patria, ma non certo nel luogo di celebrazione.

L'inconveniente, del resto, visto che la maggior parte degli Stati ha oramai accolto il matrimonio civile, molto raramente si presenterà: nè, dove si presenti, mancano modi di poterlo evitare, ben conosciuti dalle Corti inglesi: p. es. quello di fare solo *pro forma* e con tutte le restrizioni mentali possibili, una abiura: così nel caso Swift

---

(1) Westlake, *op. cit.*, § 23.

c. Swift; il marito reclamava il riconoscimento de' suoi diritti matrimoniali facendo valere che il matrimonio aveva avuto luogo a Roma, mediante le formalità tridentine: ma gli sposi erano protestanti e si sapeva che i protestanti non potevano essere uniti in matrimonio a Roma con le solennità cattoliche, se non sotto condizione di abiurare la loro fede per abbracciare quella cattolica romana: e la donna obbiettava che il marito non aveva accettata *bona fide* questa condizione. La Corte decise che il marito non era obbligato a spiegarsi intorno alla sua buona fede, e dichiarò valido il matrimonio (1).

Siamo lieti del resto che il Koenig (2) si mostri indirettamente sfavorevole a questa eccezione che le Corti inglesi vorrebbero porre: lo rileviamo dal fatto che nella sua memoria nella causa Trafford c. Blanc egli sostiene che il matrimonio concluso a Napoli *per verba de presenti* è valido non tanto perchè le Corti inglesi lo credevano tale, quanto perchè anche la *lex loci contractus* ammetteva la validità dei matrimoni conclusi fra protestanti a Napoli od a Roma *per verba de presenti* (3).

Una eccezione alla regola *l. r. a.*, che alcuni giuristi hanno creduto di dover porre ed alcune legislazioni hanno espressamente stabilito, è quella per i matrimoni fatti all'estero *in fraudem legis:* come abbiamo notato altrove (4), i Cod. civ. dei Cantoni di Zurigo, Zug e Sciaffusa e il diritto di Lubecca pongono questa eccezione per tutti gli atti fatti all'estero e quindi anche per il matrimonio: relativamente poi a questo solo il Cod. civ. del Canadà reca (5): « Le mariage célébré hors du Bas-Canada entre deux personnes sujettes à ses lois ou dont l'une seulement y est soumise, est valable, s'il est célébré

(1) In Koenig, *op. cit.*, pag. 279.

(2) Koenig, *op. cit.*

(3) Per vero dire, parecchie altre sono le eccezioni che la giurisprudenza inglese e americana fa, o meglio crede di fare, alla regola nostra: così nei casi di poligamia, d'incesto, di parentela, affinità, ecc. Ma non ce ne occupiamo perchè non riguardano la forma del matrimonio. Vedi Story, *op. cit.*, n° 113 e seg.; Wharton, *op. cit.*, loc. cit.; Dicey-Stocquart, *op. cit.*, loc. cit. Così pure non abbiamo tenuto conto della invalidità dei matrimoni misti fra austriaci o russi cristiani e non cristiani; se fatti, per es., in Italia con la forma civile, non sarebbero certo riconosciuti validi nella patria degli sposi, ma non già perchè fatti con la forma civile, ma perchè contratti fra persone incapaci di unirsi in matrimonio secondo la legge austriaca o russa.

(4) Parte generale, cap. v, n° 6 e nota 2, pag. 179.

(5) Art. 135.

dans les formes usitées au lieu de la célébration, *pourvu que les parties n'y soient pas allées dans le dessein de faire fraude à la loi* »; e se dobbiamo credere al Calvo (1), in Prussia ed in Svezia vige lo stesso principio.

Ora noi possiamo comprendere che un diritto, come l'inglese, secondo il quale si deve giudicare generalmente degli elementi così intrinseci, come estrinseci di validità del matrimonio secondo la *lex loci actus*, ma fa eccezione per qualche elemento intrinseco che vuol retto dalla legge personale degli sposi, possa ammettere esservi dei matrimoni fatti da inglesi all'estero *in fraudem legis*, per eludere alcune norme proibitive del diritto inglese, come quella, per es., che vieta il matrimonio fra cognati: potremmo anche comprendere come un legislatore stabilisca che i suoi cittadini non possano celebrare matrimonio che nella loro patria, e consideri quindi come matrimoni nulli, perchè fatti *in fraudem legis*, quelli contratti da cittadini all'estero: ma non possiamo assolutamente capire che un Cod. stabilisca la regola *l. r. a.* per il matrimonio e poi ne limiti l'efficacia se gli sposi hanno avuto l'intenzione di frodare la legge loro. In altre parole, la regola *l. r. a.* si riferisce esclusivamente alla forma degli atti, e quando il Cod. civ. italiano coll'art. 100, il francese col 170, quello del Canadà col 135, ecc., ecc., la sanciscono esplicitamente per il matrimonio dei rispettivi sudditi all'estero, attribuiscono alla legge del luogo, dove il matrimonio si fa, la esclusiva competenza a regolarne la forma ed ai cittadini loro il diritto di servirsi di quella forma; ora è semplicemente assurdo pensare che la giurisprudenza interpreti quegli articoli e, peggio ancora, il legislatore stesso ne limiti l'applicazione nel senso che, se c'è intenzione di eludere la legge, quelle disposizioni non hanno più alcun valore: il legislatore non può con una mano togliere quello che ha concesso con l'altra: e quando mi concede una facoltà, non ha diritto di domandarmi con che intenzione io ne usi. Sarebbe proprio lo stesso come se il legislatore promulgando un Codice dicesse: questi sono i diritti civili che io vi riconosco e attribuisco; voi potete liberamente goderne: badate bene però che, se per ignoranza o mal animo esercitate questi diritti subbiettivi con l'intenzione di eludere la legge, allora nessun effetto sarà riconosciuto all'esercizio della vostra attività giuridica!

---

(1) Calvo, *op. cit.*, vol. II, §§ 765 e 770.

Ma c'è l'intenzione, ci oppongono, di frodare la legge e *fraus omnia corrumpit;* non è vero, per quanto vi sia l'intenzione, manca sempre la frode, poichè affinchè questa vi sia non basta l'elemento intenzionale, occorre che vi sia anche l'elemento materiale, ossia la violazione della legge, il quale completamente, nel caso, fa difetto. Così decideva anche il Sanchez in materia anche più delicata (1), trattandosi del sacramento del matrimonio: se due cattolici di un paese, dove vige il Concilio di Trento, si recano appositamente in un luogo, dove non ha vigore, allo scopo di sottrarsi all'obbligo di prestare il consenso davanti al parroco e due testimoni, volendo invece scambiarlo *per verba de presenti*, il matrimonio così contratto sarà valido? A coloro che rispondevano di no il Sanchez osserva: « *Displicet mihi haec limitatio, et credo, licet adirent eo fine, ut possent libere absque parocho et testibus contrahere, esse ratum matrimonium. Nam qui jure suo utitur non potest dici fraudem committere, ut ea ratione effectus impediatur... Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur* ». E ancora: « *Est enim fraus licita, cum contrahentes utantur jure suo; ergo cum adeuntes locum, ubi non viget Trident., animo contrahendi absque parocho et testibus, utuntur jure suo, habent enim jus ibi contrahendi, erit fraus licita, nec ea ratione effectus ac valor matrimonii impedietur* ».

Alcuni arrivano alla conclusione del Sanchez e nostra, ma solo per la considerazione che è difficile indagare se vi sia stata o meno l'intenzione della frode: per noi in tal caso l'intenzione delle parti non ha nessuna importanza, appunto perchè da sola non basta a costituire la frode: prima è necessaria la violazione della legge; quando questa vi sia sarà il caso di vedere se è avvenuta o meno con l'intenzione di frodare; ma quando, come nel caso in questione, non c'è violazione di legge, è assolutamente inutile andare ad indagare l'intenzione: così che per noi tanto nel caso in cui due canadesi contraessero matrimonio civilmente in Italia dichiarando apertamente che sono venuti nel nostro paese per sottrarsi alla forma della legge personale, come nel caso in cui due italiani, pure *apertis verbis*, confessassero che sono andati a fare il loro matrimonio in Austria davanti al parroco perchè

(1) Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. 18, n[i] 27 e seg. Ciò che è poi anche una nuova prova della verità della nostra teoria circa alla validità dei matrimoni civili fatti in uno Stato che solo questa forma ammette, da individui che appartengono ad uno Stato fedele alla forma tridentina.

ripugnava alle loro credenze politiche-religiose il presentarsi davanti all'ufficiale dello Stato civile italiano, i due matrimoni sarebbero indubbiamente validi.

Non insistiamo più oltre, prima perchè già abbiamo trattato questo punto nella parte generale (1), poi perchè i più (2) escludono tale eccezione alla regola *l. r. a.*

Secondo il Fiore, come abbiamo più sopra veduto (3), la regola *l. r. a.* « non può essere invocata quanto alle formalità che hanno riguardo alla sostanza stessa del matrimonio e che sono considerate dalla legge nazionale del marito come indispensabili all'esistenza ed alla validità dell'unione, pure celebrata in paese straniero. Come esigenze di questo genere, citiamo quelle del Cod. albertino, il quale imponeva ai sardi cattolici che sposano all'estero l'obbligo di osservare le prescrizioni della Chiesa cattolica ». In tal modo noi avremmo uno di quei casi in cui il divieto imposto dalla legge personale di uniformarsi alla regola *l. r. a.*, dovrebbe essere rispettato anche dallo Stato in cui il matrimonio si fa: noi abbiamo differente opinione, ma è inutile che qui ripetiamo le argomentazioni nostre e relativamente a tale divieto della legge personale (4), e relativamente al

(1) Parte generale, cap. IV, n° 6.

(2) FIORE, *op. cit.*, 2ª ed., n° 99; CATELLANI, *op. cit.*, cap. V, n° 465; LAURENT, *op. cit.*, loc. cit.; WEISS, *op. cit.*, pag. 467, nota 4; AUDINET, *op. cit.*, n° 526; SURVILLE-ARTHUYS, *op. cit.*, n° 281; GARIN, *op. cit.*, n° 61; SAVIGNY, *op. cit.*, loc. cit.; SCHAEFFNER, *op. cit.*, § 65; VON BAR, *op. cit.*, n° 168; PHILLIMORE, *op. cit.*, vol. IV, n° 396; STORY, *op. cit.*, n° 124 e nota 5, pag. 207; DICEY-STOCQUART, *op. cit.*, vol. II, pag. 7, ecc., ecc.; *Contra:* GLUECH, *Ad Pand.*, § 44, nota 52 e § 75; ROCCO, *op. cit.*, loc. cit.; AUBRY e RAU, *op. cit.*, § 31; MASSÉ, *op. cit.*, vol. II, n° 90; FOELIX, *op. cit.*, vol. I, pag. 178, ecc. La giurisprudenza inglese che prima dubitava della validità dei matrimoni fatti all'estero *in fraudem legis* quanto alla forma (vedi HOWARD W. ELPHINSTONE, *op. cit.*, pag. 51), oggi è concorde ad ammetterne la validità; Compton c. Bearcroft cit. in Middleton c. Janverin, 2, *Haggard's Reports*, pag. 444; Grierson c. Grierson, Ibid., 2, 99; Brook c. Oliver, Ibid., 2, 376; Harford c. Morris, Ibid., 2, 423, ecc. La legge argentina sul matrimonio civile, per evitare erronee interpretazioni, ha creduto opportuno di stabilire: « Art. 2. La validità del matrimonio sarà giudicata secondo la legge del luogo in cui sarà stato celebrato, *anche se i contraenti abbiano abbandonato il loro domicilio per non assoggettarsi alle forme e leggi che in questo hanno vigore* ». E la identica disposizione ha il Codice del Paraguay. Vedi *Actos de las sesiones del Congreso sud-americano*, pag. 401.

(3) FIORE, *Du mar. céléb. à l'étrang.*, n° 11, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 177.

(4) Parte generale, cap. IV, n° 7.

matrimonio di sudditi di uno Stato dove vige il Concilio di Trento conchiuso in altro paese a matrimonio civile (1).

13. Finalmente sono in generale calcolate quali deroghe alla regola *l. r. a.* le prescrizioni di alcuni Codici le quali, pur ammettendo che, la legge del luogo dove il matrimonio si fa ne regoli la forma, stabiliscono che le pubblicazioni debbano esser fatte anche in patria e che l'atto del matrimonio debba essere trascritto sul registro dello stato civile: ma nella maggior parte dei casi vere e proprie deroghe non sono: si avrebbe realmente una deroga, se una legislazione stabilisse che, a regolare la sola cerimonia della celebrazione, è competente la legge del luogo e a reggere le pubblicazioni è competente invece la legge nazionale delle parti, così che fosse valido un matrimonio celebrato all'estero fra due connazionali i quali avessero, secondo la loro legge, fatto in patria le pubblicazioni, anche se tale matrimonio fosse nullo nel *locus celebrationis*, per mancate pubblicazioni. Ma le prescrizioni, come quella dell'articolo 100 Cod. civile, secondo al., 170 Cod. fr. ed altre analoghe, riconoscono completamente alla *lex loci* l'autorità di determinare tutto quanto si riferisce alla forma del matrimonio, comprese le formalità preliminari: richiedono solo le pubblicazioni anche in patria e, nella maggior parte dei casi, non sotto pena di nullità, così che alla *lex loci contractus* bisogna completamente anche per ciò riferirsi.

Non molte sono le legislazioni che richiedono le pubblicazioni in patria nel caso di matrimonio di sudditi all'estero. Il Cod. nostro all'art. 100 reca: « le pubblicazioni devono anche farsi nel regno, a norma degli art. 70 e 71. Se lo sposo cittadino non ha residenza nel regno, le pubblicazioni si faranno nel comune dell'ultimo domicilio ». Nessun dubbio può sorgere circa alla validità dei matrimoni fatti da italiani all'estero senza prima procedere alle pubblicazioni in Italia: la giurisprudenza ha sempre negato che nella mancanza delle pubblicazioni si possa trovare una causa di nullità (2), molto rettamente giudicando, perchè la disposizione dell'art. 123 Cod. civ. mostra come l'unica conseguenza debba essere la multa da lire 200 a 1000, in cui incorreranno gli sposi e l'ufficiale dello stato civile: multa che il

---

(1) Vedi sopra questo cap., n° 8.

(2) Cass. Napoli, 26 giugno 1883, *Annali Giur.*, 1884, pag. 64; Cass. Roma, 21 marzo 1885, *Legge*, 1885, pag. 5. Per le pubblicazioni di stranieri in Italia Trib. Viterbo, 10 settembre 1874, *Legge*, XIV, 1, 996.

Catellani crede doversi applicare solo nei casi di matrimoni contratti in Italia, perchè l'estenderla, come fa l'art. 123, all'ufficiale dello stato civile, dimostra, che devono essere esclusi quelli contratti all'estero.

Il modo in cui il legislatore francese ha stabilito l'obbligo delle pubblicazioni ha dato luogo a molte e vive discussioni: l'art. 170 stabilisce la validità del matrimonio concluso all'estero secondo la forma locale tra francesi o tra francese e straniero « pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63 ». Quale sarà dunque la sanzione per l'inosservanza di questo art.? Tre sistemi sono stati proposti dalla dottrina e seguìti dalla giurisprudenza.

Secondo il primo sistema la pubblicità è una condizione indispensabile del matrimonio. Senza pubblicità il matrimonio non può esser valido. L'art. 191 Cod. civ. fr. dice che « tout mariage qui n'a point été contracté *publiquement...* », può essere impugnato per nullità; ora la pubblicità richiesta per il matrimonio francese comprende le pubblicazioni, l'intervento dell'ufficiale dello stato civile, la celebrazione nella casa comunale e la presenza di quattro testimoni: però l'assenza di uno o di altro fra questi elementi di pubblicità non importa la nullità del matrimonio, se quelli che sono stati osservati sono, a giudizio dei tribunali, sufficienti a togliere al matrimonio il carattere di clandestino. Ma quando il matrimonio non più si fa in Francia, ma all'estero, mancano tutte le garanzie di pubblicità che la legge trovava nella presenza dell'ufficiale e di quattro testimoni e nel luogo della celebrazione: la sola pubblicità che il matrimonio possa avere in Francia è quella ottenuta col mezzo delle pubblicazioni richieste dall'art. 170: se queste mancano, il matrimonio è clandestino e la sua nullità s'impone ai tribunali. — E a quelli che oppongono, che la nullità non si può presumere, se non è espressamente minacciata dalla legge, e che in questa ipotesi l'unica sanzione è la nullità inflitta dall'art. 192, identico al nostro 123, i sostenitori di questo sistema rispondono, che, se per i matrimoni contratti senza pubblicazioni in Francia, il legislatore ha potuto contentarsi di una ammenda, non così deve essere per quelli contratti all'estero, perchè l'ufficiale dello stato civile straniero non può esser colpito con l'ammenda stabilita dall'art. 192 e gli sposi francesi possono non esser in caso di rispondere coi loro beni del pagamento della penalità: è dunque necessario sostituire questa sanzione con un'altra di tanto più severa, di quanto si è più portati ad eluderla, e tale sanzione è

la nullità del matrimonio la quale poi chiaramente risulta dal *pourvu* dell'art. 170. Questa dottrina, che è stata adottata da qualche sentenza della Cassazione (1), è oggi abbandonata specialmente per la ragione che nessun testo pronuncia tale nullità: è bensì vero che l'art. 170 parrebbe subordinare la validità del matrimonio alle pubblicazioni, ma non enuncia formalmente la nullità.

Il secondo sistema permette ai tribunali francesi di vedere nella assenza delle pubblicazioni la prova, che i francesi hanno voluto far frode alla legge francese, e di annullare il matrimonio per difetto di pubblicità nel caso in cui l'intenzione fraudolenta sia dimostrata (2). Ed a questo sistema si può osservare che possiamo bensì avere una frode, perchè la legge sarebbe violata, ma che la disposizione violata non è tale da importare la nullità del matrimonio.

Finalmente, secondo altri ancora, nessuna delle due opinioni deve esser seguìta. Una causa di nullità, dice il Weiss (3), fosse anche di applicazione facoltativa per i tribunali, non può esistere senza una formale disposizione della legge. Le parole *pourvu que*, non possono avere il significato che loro si attribuisce: esse reggono due proposizioni: « pourvu que le mariage ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63 et que le français n'ait point contrevenu aux

---

(1) Cassaz. 9 marzo 1831, *Sir.*, 31, 1, 111; 6 marzo 1837, *Sir.*, 37, 1, 177; 17 agosto 1841, *Sir.*, 41, 1, 682; Trib. Senna, 15 febbraio 1861, *Sir.*, 62, 2, 71; Besançon, 4 gennaio 1888, *Journ. du Pal.*, 89, 1, 69; DELVINCOURT, *op. cit.*, vol. I, pag. 68; MARCADÉ, *op. cit.*, pag. 190 e seg. e aut. cit. in WEISS, pag. 471, nota 2.

(2) Trib. Senna, 21 giugno 1883, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 67; 5 dicembre 1883, Ibid., pag. 293; 12 gennaio 1884, Ibid., 1885, pag. 88; Corte Parigi, 24 giugno 1884, Ibid., 1884, pag. 627; Trib. Senna, 10 e 14 gennaio 1885, Ibid., pag. 89 e 183; Corte Parigi, 22 luglio 1885, Ibid., 1885, pag. 440; Orléans, 14 aprile 1886, Ibid., 1886, pag. 334; Amiens, 22 luglio 1886, Ibid., 1887, pag. 188; Trib. Senna, 28 gennaio e 20 aprile 1891, Ibid., 1891, pag. 227 e 932; 5 febbraio, 26 marzo e 13 maggio 1892, Ibid., 1892, pag. 683 e 994; Trib. Orléans, 13 luglio 1893, Ibid., 1893, pag. 1170. Questa è giurisprudenza costante: citiamo solo le più recenti ed importanti sentenze. Per giurisprud. anteriore vedi WEISS, *op. cit.*, nota 3 a pag. 471, e *Dictionnaire* del VINCENT e PÉNAUD, v° *Mariage*. In favore di questa interpretazione FOELIX, *op. cit.*, vol. II, pag. 370; DEMOLOMBE, *op. cit.*, vol. III, n° 225; BROCHER, *op. cit.*, vol. I, pag. 283; LAURENT, *op. cit.*, vol. IV, pag. 497, ecc., ecc. Alle volte quando per causa di mancate pubblicazioni i tribunali sono in dubbio se giudicare pro o contro la validità, ordinano di procedere nuovamente alla celebrazione. Vedi Trib. Senna, 2 agosto 1890, *J. D. I. P.*, 1890, pag. 913 e sent. ivi cit.

(3) WEISS, *op. cit.*, loc. cit.

dispositions contenues au chapitre précédent ». Ora fra le disposizioni contenute nel capitolo precedente del Cod. figura quella relativa all'obbligo degli atti rispettosi, e tuttavia nessuno si è mai sognato di dire che l'assenza di atti rispettosi porti con sè la nullità del matrimonio. D'altra parte la necessità delle pubblicazioni in patria costituisce una deroga alla regola *l. r. a.*, e le deroghe non devono essere interpretate estensivamente. Finalmente così dal testo dell'art. 170 come dalle discussioni, cui la sua redazione ha dato luogo, risulta che il legislatore ha voluto conservare al francese che sposa all'estero la stessa situazione che ha quando sposa in Francia: ora, in quest'ultimo caso, l'art. 192 punisce la mancanza di pubblicazioni con una ammenda all'ufficiale dello stato civile ed alle parti: perchè dunque non ammettere la stessa regola per il matrimonio celebrato all'estero, almeno nella misura in cui è materialmente applicabile, cioè in quanto concerne le parti? Per tutte queste ragioni si crede che l'unica sanzione dell'art. 170 sia l'ammenda delle parti e che la inosservanza delle pubblicazioni non porti mai la invalidità del matrimonio.

Nessuno poi di questi tre sistemi soddisfa altri giuristi, i quali, con distinzioni e suddistinzioni dei vari casi arrivano ora ad una, ora ad altra differente soluzione (1).

Queste controversie (2) conducono il Catellani (3) a deplorare « quell'ibridismo giuridico, che è, nei paesi di diritto codificato, la legislazione della giurisprudenza »: per noi essi dimostrano principalmente una cosa: i pericoli e gli inconvenienti cioè che derivano dal voler sottrarre alla competenza della *lex loci* qualche questione relativa alla forma dell'atto: si stabilisce la regola *l. r. a.*, ma nello stesso tempo, senza ragione, si teme che dalla sua applicazione qualche danno ne possa derivare: si tenta allora di aggiungere alla forma straniera qualche formalità da compiersi in patria: si avvertono gli inconvenienti da questo prodotti: e si arriva a torcere la legge, nel suo spirito e nella sua espressione, e a dimostrare la nes-

---

(1) Vedi specialmente Audinet, *op. cit.*, n° 531.

(2) Le quali sono tanto gravi che la Cassazione francese ha potuto in due casi completamente identici, decidere in favore della validità il 17 agosto 1841 e contro la validità il giorno dopo. Vedi Verger, *op. cit.*, n° 85. Intorno a tale controversia vedi Laurent, Demolombe, Aubry e Rau, Duranton, Toullier, Marcadè, Weiss, Despagnet, Audinet, Surville Arthuys, Garin, *op. cit.*, l. c.

(3) Catellani, *op. cit.*, n° 473.

suna competenza che può avere la legge personale a determinare le forme di un atto all'estero compiuto. Meglio di tutto per noi lasciare pieno, assoluto, incontrastato campo d'azione alla *lex loci*, a quella sola legge che per principio giuridico deve regolare tutto ciò che alla forma si riferisce.

Nei Paesi Bassi l'art. 138 del Cod. civ., identico al 170 del Cod. fr., ha fatto sorgere le stesse difficoltà d'interpretazione che in Francia.

Nessuna difficoltà invece in Austria, in Belgio, in Svizzera. Sebbene dai §§ 4, 69 e 70 del Cod. civ. austriaco sembrasse che le pubblicazioni in Austria dovessero esser considerate come una condizione di validità anche per i matrimoni degli austriaci all'estero, tuttavia è stato riconosciuto che non sono affatto richieste sotto pena di nullità; anzi il nessun obbligo, che gli austriaci hanno di procedervi, risulta dalla Patente imperiale del 16 settembre 1785, dalla Circolare del Ministero degli interni del 12 marzo 1878 e finalmente dalla decisione della Corte suprema del 26 agosto 1886 (1).

Così pure in Belgio: la legge 20 maggio 1882, n° 4 stabilisce che i matrimoni celebrati da belgi all'estero « sont publiés conformément aux lois belges, en Belgique, par l'officier de l'état civil », ma al n° 5, dove prescrive a quali disposizioni non possa il cittadino belga contravvenire senza render nullo o annullabile il matrimonio, non parla della mancanza di pubblicazioni (2).

La assoluta prevalenza poi della *lex loci* anche per ciò che riguarda le pubblicazioni risulta chiaramente dall'art. 29 della legge federale svizzera 24 dicembre 1874: « Ogni celebrazione di matrimonio sul territorio della Confederazione deve essere preceduta dalla pubblicazione delle promesse di matrimonio..... Quando la pubblicazione deve aver luogo all'estero e che è rifiutata come inutile o inammissibile secondo le leggi del paese, un certificato constatante questo fatto supplisce la pubblicazione ».

---

(1) JETTEL. *op. cit.*. § 12.

(2) Tuttavia, cosa difficile a giustificarsi, la giurisprudenza belga, di fronte alla esplicita disposizione della legge, inclina a decidere contro la validità dei matrimoni contratti all'estero dai belgi senza la pubblicazione nel Belgio, calcolandoli fatti *in fraudem legis*. Bruxelles, 16 luglio 1887, *Pas.*, 87, III, 248 e 86, II, 159. Altre sentenze invece riconoscono come davvero tale interpretazione non sia più ammissibile dopo che fu emanata la legge 20 maggio 1882. Vedi Trib. Bruxelles, 10 marzo 1883, *Pas.*, 83, III, 75. Vedi in proposito STOCQUART, *Commentaire*, pag. 48.

Nessun'altra legislazione, per quanto sappiamo, impone l'obbligo delle pubblicazioni in patria nel caso di matrimonio di sudditi all'estero (1).

Per quanto, a nostro avviso, il non subordinare la validità dei matrimoni conclusi all'estero alle pubblicazioni in patria, sia la prescrizione teoricamente migliore, pure non da tutti gli Stati essendo accolta, troviamo opportunissima per evitare che un ufficiale dello stato civile proceda ad una unione che poi debba essere dichiarata nulla, la disposizione dell'art. 103 Cod. civ., dell'art. 29 della legge svizzera succitata, della circolare francese del 26 gennaio 1876 (2), e delle altre leggi o regolamenti analoghi.

Relativamente poi alla necessità delle pubblicazioni nel paese dove il matrimonio è stato contratto ed alla sanzione che le leggi locali stabiliscono in caso d'inosservanza deve aver vigore assolutamente la regola *l. r. a.* L'Audinet tuttavia crede (3) che, se la *lex loci* non esige nessuna pubblicità e ammette la validità dei matrimoni clandestini, il giudice francese possa tuttavia annullarli appunto per mancanza di pubblicità; non possiamo certo approvare tale teoria; le pubblicazioni non sono altro che una parte della forma e quindi soggette alla *lex loci:* se questa non le richiede, non possiamo applicare la legge nostra per invalidare un atto che, secondo la *lex loci*, è perfetto: un matrimonio quindi fra due italiani, fatto clandestinamente in Spagna, dove ciò è permesso, sarà perfettamente valido anche in Italia: è inutile del resto ripetere qui quanto abbiamo più sopra sostenuto (4).

Le nostre conclusioni corrispondono perfettamente a quelle del-

---

(1) La legge germanica del 6 febbraio 1875 di cui l'articolo 47 è citato dal Verger (*op. cit.*, pag. 75) come analogo al 170 Cod. civ. franc., stabilisce solo il modo in cui devono farsi (mediante inserzione in un giornale) all'estero le pubblicazioni nel caso di matrimonio di un tedesco in Germania, che abbia il domicilio o la residenza all'estero.

(2) Codesta circolare ordina agli ufficiali dello stato civile di esigere dagli sposi italiani il certificato delle pubblicazioni fatte nel paese d'origine. Vedi *J. D. I. P.*, 1876, pag. 237 e 1877, pag. 104.

(3) Audinet, *op. cit.*, n° 531.

(4) Vedi sopra, questo cap., n° 6. Decreto 20 novembre 1874 del Cons. di Reggenza svedese e nota di Olivecrona, *J. D. I. P.*, 1874, pag. 240. Trib. Orléans, 12 luglio 1893, Ibid., 1893, pag. 1170 e Trib. Senna, 20 aprile 1891, Ibid., 1891, pag. 932.

l'Istituto di diritto internazionale che nella sessione di Losanna (1888) decise (1):

« Pour que le mariage puisse être célébré dans un pays autre que celui des époux ou de l'un d'eux, il faut que le futur et la future se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective en ce qui concerne:

« 1. . . . . .

« 2. . . . . .

« 3. . . . . .

« 4. La publication des bans ».

« Il faut, en outre, que le futur et la future se trouvent dans les conditions prévues par la loi du lieu de la célébration en ce qui concerne:

« 1. . . . . .

« 2. La publication des bans ».

Secondo poi altra deliberazione dell'Istituto (2): « Pourra être annulé, le mariage contracté en dehors des conditions exigées par la loi nationale de l'un des époux, en ce qui concerne:

« 1. . . . . .

« 2. . . . . .

« 3. La publication des bans ».

In riguardo poi a quest'ultima deliberazione due osservazioni si possono fare: prima, che la forma è un po' oscura e può indurre in errore; dovrebbe essere completata con l'osservazione che il Rolin-Jaequemyns fece durante la discussione, cioè che (3) « bien entendu, le mariage ne sera nul pour cette violation de la loi du statut personnel en ce qui concerne la publication des bans, que si cette loi

---

(1) *A. I. D. I.*, vol. X, pag. 75, art. 5 del *Règlem. internat. des conflits des lois en mat. de mar. et de divorce.* Vedi inoltre *A. I. D. I.*, vol. VIII, pag. 72, vol. IX, pag. 91, 112, 117, 128.

(2) Art. 8 del *Règlement* cit. Molto preferibile, a nostro avviso, la proposta del Koenig (*A. I. D. I.*, vol. VIII, pag. 72): « Les publications des bans ont pour but de prévenir des mariages prohibés par la loi nationale ou du domicile. Néanmoins, si, au lieu de la célébration du mariage, cette publication n'est pas éxigée, le fait seul qu'elle n'a pas eu lieu dans le pays d'origine des époux ou de l'un d'eux ne suffit pas pour invalider le mariage, s'il n'y a pas d'empêchements dirimants d'après la loi nationale de l'une ou de l'autre des parties ».

(3) *A. I. D. I.*, vol. IX, pag. 117.

elle-même déclare le mariage nul »; seconda, che se fra le condizioni di validità in mancanza delle quali il matrimonio può essere annullato si volle stabilire l'osservanza delle pubblicazioni in patria, si doveva pure, *a fortiori* anzi, date le anteriori deliberazioni, comprendere fra quelle anche le pubblicazioni nel *locus celebrationis*, se la *lex loci* le prescrivesse sotto pena di nullità.

Ma oltre che dalle pubblicazioni, un'altra difficoltà sorge dall'obbligo della trascrizione dell'atto di matrimonio che da alcune leggi è richiesto. L'art. 101 Cod. civ. nostro reca: « Il cittadino che ha contratto matrimonio in paese estero, deve, nei tre mesi dal suo ritorno nel regno, farlo iscrivere nei registri dello stato civile del comune dove avrà fissata la sua residenza, sotto pena di una multa estensibile a lire cento ». L'art. 171 Cod. civ. fr. vigente anche in Belgio dispone lo stesso, salvo che non stabilisce nessuna sanzione, e l'art. 139 del Cod. neerlandese è uguale al 171 francese, salvo che lascia un termine di sei, invece che di tre mesi. Il nuovo Cod. spagnuolo ha abrogato le anteriori analoghe disposizioni della legge sul matrimonio civile del 1870 e del decreto 9 febbraio 1875 e non impone nessun obbligo di trascrizione. Il Cod. portoghese con l'articolo 2479, la legge brasiliana con gli art. 188 e 189 sul matrimonio civile (1), il Cod. messicano e quello d'Haïti con l'art. 137, recano disposizioni analoghe all'art. 171 francese: ma i due ultimi stabiliscono che « la mancanza di questa trascrizione non invalida il matrimonio; però finchè non siasi eseguita, il matrimonio non produrrà effetti civili ».

Far dipendere la validità del matrimonio od anche solo i suoi effetti civili dall'osservanza di una formalità, che è affatto estranea alla celebrazione del matrimonio e che ha per fine soltanto quello di far conoscere ufficialmente ai terzi lo stato di coniugi, ci sembra giuridicamente molto criticabile.

Per le legislazioni italiana, portoghese e neerlandese, certo la mancata trascrizione non può produrre nè l'uno, nè l'altro di questi effetti, e parrebbe che così dovesse essere anche per la francese e belga: ma, specialmente in Francia, la giurisprudenza ha creduto impossibile ammettere che una disposizione imperativa di legge sia sprovveduta di sanzione, e, per sforzarsi a cercarla, si è arrivati al punto di applicare al caso di matrimonio non trascritto l'art. 194 del

(1) *A. L. E.*, 1891, pag. 929.

Cod. civ. fr.: « nessuno può reclamare il titolo di sposo e gli effetti civili del matrimonio se non presenta un atto di celebrazione iscritto sui registri dello stato civile »: così che se due francesi celebrano regolarmente il loro matrimonio in Italia, ma non lo trascrivono dopo il loro ritorno in Francia, la donna potrebbe validamente obbligarsi senza bisogno dell'autorizzazione maritale, i figli non potrebbero succedere, il matrimonio non potrebbe motivare l'annullamento della nuova unione che uno degli sposi avesse posteriormente contratto in Francia, ecc. ecc. (1).

Secondo altri (2) invece l'art. 194 non si applica che ai matrimoni celebrati in Francia: bisogna secondo le circostanze risolvere la questione, se il matrimonio non trascritto possa essere opposto ai terzi: e non potrà essere opposto che se la mancanza di trascrizione costituisce da parte degli sposi una « faute dommageable », ossia quando il matrimonio non ha in Francia avuta nessuna altra pubblicità ed i terzi sono stati nell'impossibilità di conoscerlo.

Altri (3) ancora credono che la disposizione dell'art. 171 riguarda solo l'interesse degli sposi e delle loro famiglie e si propone unicamente di facilitare, in Francia, la prova del matrimonio, mettendo alla disposizione degli interessati i documenti che servono a stabilirlo, senza render loro necessario ricorrere all'intervento delle autorità straniere che l'hanno celebrato: perciò la mancanza di trascrizione non ha nessuna sanzione: e spiegano con un errore del Réal nelle discussioni al Consiglio di Stato come manchi qualsisia penalità per chi trascura la trascrizione.

Nè manca finalmente chi (4) vorrebbe nullo assolutamente il matrimonio non trascritto.

Senza estenderci più oltre nella discussione di questo punto che, riguardando la legislazione francese, solo relativamente può interessarci, non possiamo trattenerci dal deplorare le gravissime conseguenze che si vogliono attribuire alla mancanza di trascrizione di

---

(1) Delvincourt, *op. cit.*, tomo I, pag. 68; Montpellier, 15 gennaio 1823, *Sir.*, 23, 2, 30, e 3 giugno 1830, Ibid., 31, 2, 151; Cass. 6 gennaio 1824, Dalloz, *Privilèges*, n° 865; Besançon, 4 gennaio 1888, *Journ. du Pal.*, 89, 2, 69.

(2) Cass. 23 novembre 1840, *Sir.*, 40, 1, 929; Bruxelles, 26 novembre 1875, *Journ. du Pal.*, 76, 2, 129; Bordeaux, 14 marzo 1850, *Sir.*, 52, 2, 561.

(3) Weiss, *op. cit.*, pag. 477 e aut. ivi cit.

(4) *J. D. I. P.*, 1891, pag. 1213 e sent. cit. in nota. Tutti gli autori francesi nelle op. cit. e loc. cit. precedentemente trattano ampiamente la questione.

una formalità affatto estranea alla celebrazione del matrimonio e che non dovrebbe avere mai nessun effetto sulla validità di quello (1).

14. Chi ci abbia fino a questo punto seguìti, noterà certo come dall'esame fatto delle soluzioni che, secondo le legislazioni dei singoli Stati, devono darsi alle questioni di diritto internazionale privato, relative alla forma del matrimonio, risulti un notevole accordo nell'accettare la regola *l. r. a.*, ma ciò non ostante continui a sussistere una grande quantità di conflitti: la grandissima maggioranza delle legislazioni ammette che la *lex loci celebrationis* regoli la forma del matrimonio, ma, uno Stato dando a questa regola una interpretazione troppo estensiva, un altro troppo restrittiva, uno intendendola come obbligatoria, un secondo come facoltativa, un terzo ponendovi delle eccezioni, ne risulta che spesso non è dato allo straniero di fare, seguendo la regola *l. r. a.*, della donna cui vuol unirsi sua moglie e della prole che da essa ha i suoi figli legittimi, e che anzi alle volte, per ottenere questi risultati, debba in tutto o in parte non seguire la forma locale. Qual è il rimedio a questo stato di cose che la scienza deve invocare? Quale il sistema cui dovrebbero uniformarsi le legislazioni tutte per soddisfare i principii giuridici e insieme (come deve essere sempre se la scienza non si è ingannata nella ricerca del vero) le esigenze della pratica?

Sarebbe senza dubbio inutile farci queste domande e preoccuparci di molti, dei più gravi, anzi, fra questi conflitti, se fosse vero quello che insegna l'Olivi, secondo il quale, mediante un leggero spostamento della questione si potrebbe, si dovrebbe anzi riconoscere in Italia, p. es., come valido un matrimonio in Italia solo religiosamente contratto da due spagnuoli: « il matrimonio religioso non è un matrimonio, egli scrive, nel luogo della celebrazione. È vero, ma nella nostra ipotesi sarebbe un matrimonio di fronte alla legge degli sposi. Ora, siccome in materia dello stato delle persone si deve

---

(1) Fra le formalità precedenti la celebrazione del matrimonio non ci occupiamo naturalmente degli atti rispettosi del Cod. civ. francese (art. 151 e seg.) e di altri Codici. Sono disposizioni che riguardano la capacità e non la forma. Non ci sarebbe manco bisogno d'avvertirlo, se alcuni (come per es. il Garin, *op. cit.*, n[i] 99 e 100), indotti in errore dal fatto che gli atti rispettosi fanno parte delle cosidette formalità abilitanti, non sostenessero che sono sottoposti alla regola *l. r. a.*, così che due italiani per sposare in Francia dovrebbero farli e non invece due francesi in Italia! Vedi in proposito Stoerk, *De la cond. lég. des étr. en Prusse*, *J. D. I. P.*, 1883, pag. 6, nota 2.

applicare la loro legge nazionale, sarebbe *impossibile*, in caso di conflitto, di non considerare i due sposi come tali giuridicamente... ». « Se la legge degli sposi può ritenere il matrimonio per valido come se fosse stato celebrato sul territorio del loro Stato, essa *potrà esigere* anche dalla legge del luogo di celebrazione il riconoscimento di questo fatto giuridico e delle sue conseguenze » (1). Sebbene poi l'Olivi non lo dica, è chiaro che altra conseguenza delle sue premesse sarà quella che dovremo riconoscere lo stato dei coniugi in due americani, i quali in Italia avessero fatto un matrimonio *solo consensu*, pur dichiarando invalida una tale unione. Insomma, secondo l'Olivi, al matrimonio che non possiamo riconoscere valido, perchè non fatto civilmente in Italia, dovremo riconoscere tutti gli effetti giuridici, se la legge personale degli sposi tali effetti gli attribuisce, e ciò per virtù dell'art. 6. Facendo in tal modo entrare per la porta quello che abbiamo scacciato dalla finestra, è chiaro che si potranno evitare molte gravi conseguenze dei conflitti. Finchè però non sarà dimostrato (ciò ch'è un po' difficile), che altro è ammettere la validità di un atto, altro il riconoscergli effetti giuridici, e che il dichiarar nullo un negozio giuridico fatto in Italia, non vieta niente affatto al giudice italiano di riconoscere tutti gli effetti giuridici propri di quell'atto, come se fosse perfettamente valido; finchè tutto ciò non sia dimostrato, non possiamo accettare le conclusioni dell'Olivi. Forse un dubbio, nel senso della soluzione che respingiamo, si può avere quando siano interessate le legislazioni di tre Stati, quando p. es., il giudice italiano sia investito del giudizio intorno alla validità del matrimonio solo religioso di due spagnuoli in Francia: ma anche in tal caso è solo un dubbio che presto sarà dissipato, con l'applicazione della regola *l. r. a.*, alla quale il giudice italiano non può mai derogare, trattisi di matrimonio concluso in Italia o all'estero, da stranieri o da italiani.

Quale dunque il mezzo migliore per risolvere i conflitti ed evitarne i gravi inconvenienti? Il Laurent, a proposito dei matrimoni contratti *solo consensu* da francesi in America o da americani in Francia, fa appello all'Istituto di diritto internazionale, affinchè proponga un sistema di trattati fra gli Stati: « les traités pourraient-ils stipuler que les mariages des étrangers seront régis par leur loi nationale

---

(1) Olivi, *Du mar. en dr. intern. pr.*, *R. D. I.*, 1883, pag. 233.

même en ce qui concerne les formalités? Je le crois et il y en a une raison qui me paraît décisive. Les mariages contractés par des français aux États-Unis par le simple consentement, sans solemnité aucune, sont valables en France: pourquoi n'y validerait-on pas les mariages contractés en France par des américains, s'ils sont conformes aux lois des États-Unis? » (1).

Una serie di convenzioni internazionali propone pure, come abbiamo avuto occasione di notare, l'Olivi (2) per impedire i conflitti fra le legislazioni degli Stati a matrimonio civile e quelle degli Stati a matrimonio religioso.

Per mezzo di tali convenzioni, gli Stati che non ammettono se non il matrimonio civile dovrebbero acconsentire a riconoscere ai sacerdoti che risiedono sul loro territorio la facoltà di procedere alla celebrazione dei matrimoni religiosi giuridicamente esistenti quanto alla forma. Allora i preti diverrebbero veri ufficiali al servizio d'uno Stato straniero dotati, relativamente ai cittadini di questo Stato, della stessa competenza di cui gli ufficiali secolari godono, relativamente al matrimonio civile, sul territorio dello Stato concedente.

Finalmente il Lehr (3), per un'altra via, cerca di raggiungere il fine desiderato. Accogliendo e sviluppando un'idea esposta dal Garnier (4), egli propone la creazione di un tribunale matrimoniale internazionale costituito col mezzo di una convenzione fra gli Stati, analoga a quelle che servirono alla formazione degli uffici internazionali delle poste, dei telegrafi, delle strade ferrate, ecc. ecc. Le diverse potenze contraenti sarebbero rappresentate da uno o più giureconsulti che darebbero dei pareri obbligatorî ogni volta che un conflitto od una difficoltà d'interpretazione sorgesse in occasione di un matrimonio progettato fra stranieri o stranieri e regnicoli, cercherebbero delle soluzioni equitative per ogni conflitto e stabilirebbero così a poco a poco certe regole destinate a diventar la base di un codice matrimoniale internazionale (5).

Crediamo poco così alla possibilità come alla utilità di queste

---

(1) Laurent, *op. cit.*, vol. V, n° 30.

(2) Olivi, *op. cit.*, pag. 236.

(3) Lehr, *D'un projet de règlem. internat. en mat. de mar.*, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 49.

(4) Garnier, *Intern. Eheschliessungsrecht.* Vedi anche il giornale di Berna *Der Bund* del febbraio 1884.

(5) Il Weiss, *op. cit.*, pag. 484 si mostra favorevole alla proposta del Lehr.

misure. La proposta del Laurent dovrebbe condurre gli Stati che non ammettono il matrimonio civile ad istituire degli ufficiali dello stato civile ad uso degli stranieri per dar modo a questi di seguire all'estero la forma della loro legge nazionale, se questa prescrive il matrimonio civile, e viceversa la proposta dell'Olivi, per lo stesso fine, vorrebbe la istituzione del matrimonio religioso per gli stranieri negli Stati a matrimonio civile. Ora, prescindendo da molte altre considerazioni, come è mai possibile che gli Stati a confessione religiosa i quali considerano tuttora il matrimonio come un sacramento si persuadano a derogare, in favore degli stranieri, a questo principio fondamentale della loro legislazione, e che gli Stati a matrimonio civile, che hanno lottato anni ed anni per strappare alla Chiesa il diritto di celebrar i matrimoni, ora ritornino a concederle quel diritto che hanno stabilito appartenere solo allo Stato?

Quanto poi alla proposta Garnier-Lehr basti osservare: che diritto applicherà codesto tribunale? Se ognuno dei giureconsulti chiamati a comporlo applica il proprio diritto nazionale non si potrà arrivare alla soluzione dei conflitti; se invece il tribunale dovesse creare il diritto da applicare ci sembra impossibile questa delegazione del potere legislativo dei vari Stati a codesto tribunale in materia tanto delicata e già da molte legislazioni in parte codificata. Ma le decisioni, dice il Lehr, saranno equitative e varranno a formar la base del futuro codice matrimoniale internazionale: e anche su questo punto si può osservare essere molto dubbio tanto che gli Stati accondiscendano a derogare per un principio equitativo a norme giuridiche già sancite, come che il futuro codice possa avere per fondamento solo l'equità (1).

È inutile, a nostro avviso, ricorrere così ai trattati come alla creazione di tribunali speciali: l'unico mezzo per ottenere il fine desiderato è, a nostro avviso, quello di favorire la tendenza, seguìta ormai dalla maggioranza degli Stati, a riconoscere alla regola *l. r. a.* un valore obbligatorio. Tendenza che è insieme quella delle legislazioni e della scienza: abbiamo già avuto occasione di notare come la grandissima maggioranza dei giuristi inclini a riconoscere valore obbligatorio alla regola nostra relativamente alla forma del matri-

---

(1) Vedi contro la proposta Garnier-Lehr anche il VON BAR, *op. cit.*, vol. I, n° 179 ed il GLASSON, *Abus qui resultent du conflit des lois relatives au mariage. Ann. de l'École libre des Sciences politiques*, vol. I, pag. 28-43.

monio: come anzi rispetto a questo vogliono che sia obbligatoria anche coloro che generalmente la vogliono facoltativa: e se poi ci rivolgiamo non ai giuristi che trattano della forma del matrimonio relativamente a questa o a quella legislazione, a questo o a quel conflitto, ma a quelli che cercano le regole migliori da dover essere adottate da tutti gli Stati, troviamo il Bulmerincq (1), il Martens (2), il Lorimer (3), il Catellani (4), il Duguit (5) che esplicitamente si dichiarano in favore della obbligatorietà della regola nostra, il Dudley-Field che scrive (6): « un matrimonio valido per la legge del luogo in cui è contratto, è valido ovunque, e la sua efficacia sarà ovunque legittima. Un matrimonio nullo per la legge del luogo, in cui è contratto, è nullo ovunque, e l'effetto suo è ovunque illegittimo », il Domin-Petrushevecz che stabilisce (7): « Tous actes entre vifs ou à cause de mort seront en ce qui concerne leur validité quant à la forme appréciés selon la loi du lieu où ils ont été consentis. Cette règle est en vigueur aussi quant à la validité civile d'un mariage, en ce qui concerne la forme ».

Non solo ma la convenzione sud-americana di diritto internazionale privato del 1889 stabilì (8): « Art. 11. ..... la forma dell'atto (di matrimonio), e la sua esistenza e validità sono rette dalla legge del luogo dove si celebra », togliendo così l'eccezione alla regola *l. r. a.* che in favore dei matrimoni religiosi aveva stabilito il precedente progetto di convenzione del 1878 (9).

Ma specialmente a sostenere la obbligatorietà della regola siamo confortati dalla grande autorità dell'Istituto di diritto internazionale, il quale, respingendo le eccezioni sostenute dal von Bar e dal

---

(1) BULMERINCQ, *Völkerrecht*, § 30 in fine.

(2) DE MARTENS, *Traité de dr. intern.*, vol. II, § 71.

(3) LORIMER, *Institutes of the law of Nations*, tomo I, pag. 441.

(4) CATELLANI, *op. cit.*, cap. V, n° 463.

(5) DUGUIT, *op. cit.*, pag. 306.

(6) DUDLEY-FIELD, *Prime linee d'un Cod. intern.*, art. 547, 548. Vedi anche art. 550.

(7) DOMIN-PETRUSHEVECZ, *Précis d'un Code de dr. intern.*, art. 188, 189.

(8) *Actos de las sesiones del Congreso sud-americano*, pag. 473, 523.

(9) Tale progetto dopo aver nell'art. 7 stabilito la prevalenza della *lex loci* quanto alla forma, nell'art. 9 prescriveva che al matrimonio religioso cattolico dovevano riconoscersi effetti civili, anche se non fossero ad esso attribuiti nel paese di celebrazione. Vedi MEILI, *Die Kodifikation*, pag. 92, 93.

Brusa (1), votava nel 1887 ad Heidelberg le risoluzioni seguenti (2): « 1° Il *suffit* pour qu'un mariage soit valable partout, que les formes prescrites par la loi du lieu de la célébration aient été observées »; 2° Il est *nécessaire* pour qu'un mariage soit valable partout, que les formes prescrites par la loi du lieu de la célébration aient été observées », e l'anno dopo, a Losanna, approvava il Regolamento internazionale dei conflitti di leggi in materia di matrimonio e divorzio di cui l'art. 1 è così redatto (3): « La loi qui régit la forme de la célébration du mariage est celle du pays où le mariage est célébré ». E nella discussione che ebbe luogo all'Istituto notevoli sono le dichiarazioni in favore della nostra tesi dell'Arntz (4), dell'Asser (5), del Westlake (6), del Koenig (7).

Ma queste risoluzioni dell'Istituto sono dal von Bar deplorate (8):

---

(1) Vedi *A. I. D. I.*, anno VII, pag. 47, anno VIII, pag. 67, anno IX, *Rapport de M. de Bar*, pag. 76. Il progetto Bar-Brusa (Ibidem) vivamente e giustamente criticato dal Catellani (*op. cit.*, n° 493) recava: « Le mariage célébré selon le formes légales, prescrites ou en usage dans le pays de la célébration, est valable quant à la forme. Le mariage est également valable partout, s'il a été célébré selon les formes légales, prescrites ou en usage dans les pays auxquels les deux parties appartiennent comme citoyens. Toutefois, l'assistance de l'officier de l'état civil sera indispensable, si pour cette assistance le présent règlement est adopté par les États respectifs, et si cette assistance a lieu sans que l'on ait regard à la religion des parties ».

(2) *A. I. D. I.*, anno IX, pag. 126.

(3) Ibidem, anno X, pag. 75.

(4) Ibidem, anno VII, pag. 43.

(5) Ibidem, anno IX, pag. 91.

(6) Ibidem, anno VII, pag. 43 e IX, pag. 97.

(7) Ibidem, anno IX, pag. 96, 99. Notevolissimo poi il progetto del Koenig e le considerazioni in appoggio (Ibid., anno VIII, pag. 70): « Le mariage célébré selon les formes légales prescrites ou en usage dans le pays de la célébration est valable partout quant à la forme, et ne doit pas être invalidé par la seule raison que cette forme n'est pas reconnue dans le pays d'origine des parties contractantes ou de l'une d'elles. — Note. Si, p. ex., dans le pays de la célébration, le mariage civil est la seule forme reconnue, un mariage conclu dans cette forme doit être reconnu comme valable dans le pays d'origine des époux, quoique celui-ci ne reconnaisse que le mariage ecclésiastique. Les lois concernant la célébration du mariage *appartiennent au droit public du pays dans lequel il a lieu et doivent être appliquées exclusivement;* car un État étranger n'a le droit ni de faire exécuter ses propres lois dans un autre pays, ni d'empêcher matériellement le mariage de ses propres ressortissants en demandant l'observation de formes non reconnues dans le pays ».

(8) Von Bar, *op. cit.*, n° 128, nota 70 e n° 165.

egli sostiene come anche nel matrimonio la regola *l. r. a.* debba avere solo un valore facoltativo.

Per l'autorità che ha il nome del Bar nella scienza, crediamo doveroso esaminare gli argomenti che adduce contro la tesi nostra. Egli parte dal concetto suo che le forme degli atti piuttosto che dalla legge del luogo dove sono fatti debbano esser retti dalla legge « qui sert de règle par le *fond*, par les effets mêmes des actes et des relations juridiques » (1); e continua, la questione seguente: le forme necessarie d'un atto sono state osservate? non è che uno degli elementi dell'altra questione più generale: l'atto è valido o no? e la validità di un atto deve esser riconosciuta dalla legge del paese dove si vuol farne valere gli effetti: perciò la regola *l. r. a.* non è che una concessione presunta o tacita fatta da questa legge in favore della legge del luogo, concessione da cui non può derivare l'obbligo di seguire la forma locale. Partendo da queste premesse (sulle quali non ci fermiamo avendole già altrove lungamente discusse) (2), è naturale che al von Bar sembri errata l'affermazione del Laurent (che non è, del resto, solo del Laurent, ma di molti altri, come abbiamo veduto), essere per il matrimonio la regola *l. r. a.* obbligatoria, perchè la forma del matrimonio interessa l'ordine pubblico del paese dov'è contratto: e che il von Bar osservi: « ma quale interesse potrebbe avere lo Stato, nel quale accidentalmente due persone ad esso straniere contraggono matrimonio, a volere che osservino la forma che colà è prescritta? ». « Se poi, continua, la forma del matrimonio interessa l'ordine pubblico, lo Stato non potrà riconoscere validi i matrimoni contratti dai suoi sudditi all'estero in forma differente dalla sua, e i francesi, i belgi, i tedeschi non potrebbero fare in Spagna un valido matrimonio con la forma religiosa, perchè questa è contraria all'ordine pubblico della Francia, del Belgio, della Germania, il quale vuole la forma civile. La vera ragione della teoria del Laurent non è altro che la sua antipatia contro la forma religiosa del matrimonio. In tal modo il Laurent arriva ad imporre a tutto il mondo la legge francese: ed è

(1) Von Bar, *Rapport à l'Institut, A. I. D. I.*, anno IX, pag. 76 e seguenti; *Théorie und Praxis, etc.*, vol. I, n° 128, nota 70 e n° 165. Nello stesso senso del von Bar anche Fr. Mommsen, *Wie ist in dem bürgerlichen Gesetzbuch, etc.*, cap. II e § 4 e 9 del suo progetto in *Archiv. f. civil. Praxis*, vol. 61, XI della nuova serie, pag. 169, 198, 200.

(2) Vedi Parte gen., cap. III.

questa una fonte di insolubili conflitti » (1). Così intesa la teoria del Laurent, si capisce come il von Bar la creda arbitraria e insostenibile, come dica che la sua applicazione sarebbe una disgrazia per ogni nazione dedita all'emigrazione ed alle imprese all'estero, come infine acerbamente critichi le deliberazioni dell'Istituto e la disposizione della legge germanica del 1875, la quale nega validità a tutti quei matrimoni che sul territorio dell'Impero siano fatti in altra forma che non sia la civile.

Ora, che il Laurent si sia in qualche punto espresso in modo da autorizzare una tale interpretazione delle sue idee, può darsi: non crediamo però che il suo pensiero fosse quale lo intende il von Bar, e ad ogni modo poi non certo tale è il pensiero nostro, sebbene noi pure crediamo la regola *l. r. a.* obbligatoria, perchè la forma del matrimonio interessa l'ordine pubblico. Ma dal fatto che la forma interessa l'ordine pubblico non può derivare la conseguenza preveduta dal von Bar, che in Italia cioè non dobbiamo riconoscere valido il matrimonio celebrato religiosamente in Austria da due italiani, anzi ne deriva la conseguenza diametralmente contraria. Ed invero non interessa, nè riguarda punto l'ordine pubblico nostro il fatto che all'estero due italiani non hanno seguito le forme matrimoniali italiane, ma esso è interessato a che sul nostro territorio non si compiano matrimoni validi se non con la forma civile. Lo Stato italiano fa valere il suo diritto di regolare con la sua legge le forme di tutti i matrimoni che nel suo territorio sono contratti: deve perciò riconoscere, e riconosce in fatto, l'eguale diritto che gli altri Stati hanno. Quando due italiani sposano religiosamente in Austria essi pongono in essere un fatto giuridico al di là del confine italiano, al di là del punto in cui si arresta la sovranità italiana: e siccome il fatto giuridico di per sè stesso e le conseguenze sue non sono affatto in opposizione col nostro ordine pubblico, dovremo riconoscerlo valido: in altre parole l'autorità dello Stato laico sopra la Chiesa, che da noi ha dato origine al matrimonio civile, non è per nulla turbata od offesa dal fatto che in Austria questa autorità lo Stato non ha e ammette quindi il matrimonio religioso, nè dal fatto che due italiani in Austria essendo, sposano religiosamente: sarebbe turbata ed offesa

(1) In questo modo intende la teoria del Laurent anche il Durand, *op. cit.*, n° 57.

se nel nostro territorio un matrimonio religioso fosse validamente contratto (1).

Le osservazioni critiche del von Bar non possono quindi rimuoverci affatto dalla nostra tesi: nè differente effetto hanno le considerazioni d'indole pratica: ed invero chi non avverte come molto più giovi per la sicurezza dei diritti, per l'universale riconoscimento e la prova dello stato delle persone il compiere il matrimonio secondo le forme locali, davanti quindi all'ufficiale od al ministro che questo ufficio ha nello Stato in cui risiede e che è obbligato ad osservare le leggi civili od ecclesiastiche dirette ad impedire la conclusione di matrimoni invalidi, piuttosto che davanti ad un ministro al quale nessun obbligo è fatto di informarsi della capacità degli sposi, del consenso degli ascendenti, ecc.? Molto si è lodato l'art. 103 Cod. civ. e le disposizioni analoghe delle leggi straniere e le convenzioni internazionali dirette a prescrivere che lo straniero debba presentare all'ufficiale od al ministro incaricato di celebrare matrimoni, un certificato dell'autorità del suo paese da cui risulti che secondo le leggi del suo Stato nulla osta al divisato matrimonio: ma quelle disposizioni sarebbero lettera morta se, p. es., allo straniero spagnuolo concediamo il diritto di celebrare validamente il suo matrimonio in Italia davanti al parroco! È inutile del resto insistere maggiormente su questo punto, già svolto altrove (2).

Non possiamo poi lasciare la questione che ci occupa senza parlare della strana deliberazione che, circa alla forma del matrimonio, prese la Conferenza dell'Aja (3): « Sera reconnu partout comme valable, *quant à la forme*, le mariage célébré suivant la loi du pays où il a eu lieu. Il est toutefois entendu que les pays dont la législation exige la célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans observer cette prescription ». Non è strano che una Conferenza internazionale, riunita allo scopo di determinare i criteri uniformi per dirimere i conflitti, arrivi alla conclusione di sancire quasi essa stessa un insolubile conflitto? Meno male che fosse arrivata semplicemente ad un risultato negativo, dichiarando che non sapeva come risolvere tal

---

(1) Vedi Parte gen., cap. III, n° 18; FIORE, *op. cit.*, vol. I, § 257, 8; FUSINATO, *Il pr. della scuola ital.*, pag. 90; LAGHI, *Il dir. intern. privato*, n[i] 220, 221.

(2) Vedi sopra, n° 8, pag. 247.

(3) Art. 4 delle *Dispositions concernant le mariage*. *R. D. I.*, 1893, pag. 544.

caso: ma invece stabilisce la regola *l. r. a.* e la rende obbligatoria per gli Stati a matrimonio civile e facoltativa per quelli a matrimonio religioso e fa questo proprio quando la legislazione o la giurisprudenza di vari Stati a matrimonio religioso, come l'Austria ed il Portogallo, ad es., si uniforma volontariamente alla regola nostra e riconosce secondo i veri principii giuridici la validità dei matrimoni civili all'estero dai suoi cittadini conchiusi: non osservando inoltre che nè il diritto canonico cattolico, nè (distinguendo esattamente la forma dalla sostanza) quello greco ortodosso può realmente opporsi a riconoscere la validità di tali unioni.

Si può invece facilmente comprendere l'opportunità della deliberazione che, nel caso inverso di quello preveduto dalla Conferenza dell'Aja, prese l'Istituto di diritto internazionale: il Koenig osservava (1), che, stabilita la regola *l. r. a.*, uno straniero residente in Turchia, o in Asia, o in Africa non potrebbe maritarsi secondo le forme della legislazione maomettana, e un protestante sarebbe incapace di contrarre matrimonio in un paese cattolico di cui la legislazione non riconoscesse che il matrimonio religioso mediante l'intervento di un prete cattolico: perciò sosteneva essere indispensabile che un matrimonio contratto in un'altra forma fosse riconosciuto valido, proponeva come unica eccezione alla regola generale l'accoglimento di questo art.: « Si, dans un pays, la forme de la célébration est purement religieuse, les étrangers *appartenant à un autre culte* doivent être autorisés à célébrer leur mariage selon les formes légales de leur pays d'origine ». L'Istituto accolse la proposta Koenig, ma malauguratamente cancellò, contro l'avviso del proponente, le parole « appartenant à un autre culte », per un rispetto al principio della libertà di coscienza che era, del resto, perfettamente tutelato anche con la redazione Koenig (2): deploriamo la cancellazione di quelle parole perchè dall'articolo, com'è stato approvato, pare che l'Istituto voglia che gli Stati a matrimonio religioso siano obbligati a istituire il matrimonio civile per gli stranieri: ciò che certo l'Istituto non voleva dire. Del resto, per quanto la proposta Koenig possa riconoscersi opportuna, non crediamo di accettarla: per noi in una organizzazione ideale (che fortunatamente è molto vicina alla realtà), la regola *l. r. a.* deve valere assolutamente per il matrimonio: ad essa

(1) *A. I. D. I.*, anno VII, pag. 71.
(2) Ibidem, anno X, pag. 69, 70.

una sola eccezione: il matrimonio consolare. Così come non si può obbligare uno Stato a matrimonio civile a permettere che gli stranieri celebrino validamente davanti al sacerdote la loro unione, non si può neppure obbligare uno Stato che vuol essere fedele ad una confessione religiosa a concedere ai sacerdoti d'un'altra religione il diritto di celebrar matrimoni fra i suoi fedeli: i contraenti sono i migliori giudici della loro coscienza: se questa loro permette di compiere il loro matrimonio in forma civile o nella forma stabilita da una religione differente dalla loro, lo faranno, altrimenti avranno ricorso al console.

La regola *l. r. a.* obbligatoria e il temperamento recato dal matrimonio consolare: ecco il sistema scientificamente e praticamente più perfetto per il regolamento internazionale della forma del matrimonio.



CAPITOLO II.

Atti dello stato civile e diritti di famiglia.

1. Atti dello stato civile. — 2. Applicazione della *lex loci actus* per giudicare della loro regolarità. — 3. Promessa di matrimonio. — 4. Contratto di matrimonio. Legislazione comparata e norme di diritto internazionale. — 5. Questioni e conflitti relativi alla forma del contratto di matrimonio. — 6. Continuazione. — 7. Riconoscimento di figlio naturale. — 8. Legittimazione. — 9. Adozione. — 10. Emancipazione.

1. Se fosse vero che il principio *l. r. a.* concerne solo gli scritti, gli instrumenti coi quali viene constatato un fatto giuridico, esso avrebbe la sua perfetta applicazione negli atti dello stato civile; il credere però, come è nostro avviso, che esso riguardi la forma del negozio giuridico, non toglie affatto che trovi piena applicazione anche agli scritti, agli instrumenti, i quali, molte volte, sono una delle condizioni estrinseche di validità del negozio ed altre volte, come per gli atti dello stato civile, servono alla prova e sono redatti con formalità prestabilite, da pubblici ufficiali. Con ciò vogliamo soltanto osservare come per il Laurent ed il Lomonaco ad es., i quali erroneamente stimano essere l'art. 100 del nostro Codice una *estensione* del principio *l. r. a.*, questo trovi invece la sua esatta *applicazione* negli atti dello stato civile. Questi invero non sono negozi giuridici: essi servono alla constatazione del fatto giuridico, alla prova; lo stato di figlio legittimo, il matrimonio, ecc. giuridicamente sono esistenti prima e indipendentemente dal fatto che l'ufficiale dello stato civile riceva la dichiarazione di uno o dell'altro genitore o faccia menzione sul registro matrimoniale della avvenuta celebrazione. Per sostenere quindi che gli atti dello stato civile (intendendo questa parola nel suo vero e proprio senso, di scritto constatante una dichiarazione fatta davanti all'ufficiale dello stato civile) seguìti in paese straniero devono essere redatti secondo le forme stabilite dalle leggi del luogo, non vale quasi nessuno degli argomenti secondo cui è giustificabile la regola *l. r. a.* nella sua applicazione alla forma dei negozi giuridici: ma si vuole aver riguardo alla legge del luogo per sapere se ed in quanto l'atto dello stato civile colà redatto sia regolare e

possa far fede del fatto giuridico da esso constatato, niente più e niente meglio che per questa semplice ragione: che essendo cioè in tutti gli Stati tali atti ricevuti da pubblici ufficiali e dovendo questi prestare osservanza a certe norme legislative per le formalità della redazione, sarebbe assurdo voler giudicare della regolarità e della efficacia come prova di un atto ricevuto all'estero, da un uffiziale straniero, secondo le prescrizioni della legge straniera, applicando la legge nazionale delle parti. Così questa differenza fra atti dello stato civile e negozi giuridici come quella fra le ragioni che fanno valere le leggi locali per la regolarità i primi e le ragioni per le quali la validità dei secondi deve essere giudicata secondo le forme della *lex loci*, risultano dal modo stesso in cui i legislatori si esprimono; ed invero così l'italiano, come il francese, come gli altri rettamente dicono che gli atti dello stato civile seguìti in paese straniero *fanno fede* se sono state osservate le forme locali, mentre parlano della *validità*, p. es., del matrimonio all'estero conchiuso.

La competenza a ricevere gli atti dello stato civile spetta, in alcuni paesi, ad uffiziali civili, in altri all'autorità ecclesiastica; in tutti gli Stati che hanno ammesso il matrimonio civile come unica forma valida, competente è un pubblico funzionario laico; in tutti quelli che rimasero strettamente fedeli alla forma religiosa competenti sono i ministri della chiesa: quelli che ammisero il matrimonio civile sussidiario od a scelta degli sposi tendono a riservare all'autorità laica la tenuta e la conservazione dei registri come la Spagna e l'Inghilterra, o almeno ad obbligare i ministri della religione all'osservanza di alcune prescrizioni della legge civile.

2. Date queste differenze, alcuni legislatori hanno creduto opportuno stabilire in modo indubbio che la regola *l. r. a.* vale anche in questo caso: così il Cod. it., art. 367: « Gli atti dello stato civile seguìti in paese estero fanno fede quando siansi osservate le forme stabilite dalla legge del luogo »; l'art. 47 del Cod. francese e belga: « Tout acte de l'état civil des français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été redigé dans les formes usitées dans ledit pays »; pure in questo senso è l'art. 24 della legge ginevrina 5 aprile 1876 (1), gli art. 82 e 104 del Cod. argentino, e l'art. 70 del Cod. messicano, il 34 del rumeno, il 1220 n. 4 del canadese. Nella maggior parte però delle legislazioni non troviamo simile disposizione; ciò non

(1) *A. L. E.*, 1876, pag. 578.

toglie però che, anche se non espressa nelle leggi civili, la regola risulti e da molte convenzioni internazionali (1) per lo scambio degli atti dello stato civile e direttamente dal principio generale sulla forma degli atti.

Conflitti e difficoltà quindi su questo punto non sorgono; ma per togliere ogni dubbio che si potesse presentare, alla legge del luogo dove l'atto è stato redatto bisogna sempre riferirsi per giudicare (2):

1° se l'atto dello stato civile è sussistente come tale: così se in uno Stato l'atto di battesimo costituisce l'atto di nascita per i cristiani, esso avrà in Italia la sussistenza ed il valore di un atto dello stato civile. La giurisprudenza francese ammise come atto efficace a provare la nascita e lo stato di figlio legittimo un estratto dal registro dei battesimi rilasciato e sottoscritto dal pastore apostolico di Batavia, che secondo la legislazione delle colonie neerlandesi, faceva fede in giudizio dei fatti che era destinato a constatare, senza che fosse necessario che contenesse la firma dei genitori e testimoni; un atto di battesimo d'un parroco di Buenos-Aires e d'un parroco di Manilla, ecc. (3);

---

(1) Cfr. Rouard de Card, *De l'échange des actes de l'état civil entre nations*, pag. 9 e segg. Gli accordi internazionali conclusi su questo punto dall'Italia sono: con la Spagna 2 aprile 1868 in Palma, *Raccolta dei trattati e convenzioni*, vol. II, pag. 1208; con la Baviera, 15 marzo 1869, Ib., pag. 1209; con la Svizzera, 1 e 9 settembre 1870, Ib., pag. 1209 e 1° maggio 1886, Ib., vol. III, pag. 806; col Messico 3-4 novembre 1870, Ib., vol. II, pag. 1210; col Belgio, 17 luglio 1876, Ib., pag. 1211; con l'Austria-Ungheria, 29 settembre - 15 ottobre 1883, Ib., vol. III, pag. 805; con la Repubblica di S. Domingo, 5 gennaio 1889, Ib., pag. 807; col Guatemala, 16 febbraio 1889, Ib., pag. 807; con la Danimarca, 20-30 giugno 1889 in *Racc. Uff. leggi e decreti*, 1889, pag. 2797; col Perù, 4 dicembre 1889 - 17 aprile 1890, Ib., 1890, pag. 1181; con l'Argentina, 29 maggio - 23 agosto 1890, Ib., 1890, pag. 3800; col Chilì. 3 luglio 1892, Ib., 1892, pag. 2502.

(2) Per tutte le questioni trattate nel testo relative agli atti dello stato civile, vedi Fiore, *op. cit.*, vol. I, n[i] 496 e seg.; Lomonaco, *Dir. civ. internaz.*, cap. vii, § 4; Weiss, *op. cit.*, pag. 381; Brocher, *Cours*, n° 73; Despagnet, *op. cit.*, n° 307; Audinet, *op. cit.*, n° 499; Duguit, *op. cit.*, pag. 60 e seg.; Febvre, *op. cit.*, pag. 110; Duhaut, *op. cit.*, pag. 319.

(3) Cass., 22 maggio 1850, *Journ. du Pal.*, 51, 2, 142; Corte Pau, 19 febbraio 1873, *J. D. I. P.*, 1874, pag. 305; Trib. Senna, 21 agosto 1875 e C. Parigi, 2 agosto 1877, Ib., 1877, pag. 230; Bordeaux, 21 dicembre 1886, Ib., 1887, pag. 600; Chambéry, 23 febbraio 1885, Ib., 1885, pag. 665; C. Algeri, 24 dicembre 1889, Ib., 1891, pag. 1171.

2° della competenza dell'ufficiale che lo ha redatto, tanto se è laico (1), come se ecclesiastico (2);

3° del numero di testimoni necessari alla regolarità dell'atto: così che se la legge straniera richiede la presenza di tre testimoni e la legge nostra richiedendone due soli, il tribunale italiano dovrebbe considerare come irregolare l'atto di nascita d'un italiano redatto in quel paese davanti a due testimoni; e anche viceversa, perchè « l'atto dello stato civile seguìto in paese straniero in conformità alle leggi del luogo è valido nel regno anche se manchi in esso alcuna delle indicazioni prescritte dalla legge italiana » (3);

4° del termine in cui l'atto deve essere redatto: così, un atto di nascita redatto in Inghilterra quaranta giorni dopo il parto, essendo regolare secondo le leggi inglesi, fa fede in Francia della nascita del fanciullo, sebbene la legge francese stabilisca (art. 55-56 Cod. civ.) che le dichiarazioni di nascita debbano esser fatte dentro i tre giorni dopo il parto e l'atto redatto immediatamente dopo la dichiarazione (4). Naturalmente poi se nessun limite per fare la dichiarazione è fissato dalla legislazione del luogo dove l'atto è redatto, il magistrato potrà giudicare secondo il proprio criterio « quale sia il tempo approssimativamente limitato per fare la dichiarazione, dopo del quale non è ammissibile che tali dichiarazioni abbiano un credito assoluto » (5). Tale sentenza si riferiva al caso di un atto di battesimo fatto a Buenos-Aires da un parroco, molto tempo dopo la nascita, non prescrivendo allora la legge argentina nessun termine per la dichiarazione di paternità e il battesimo; ora da quest'atto pare non risultasse nemmeno la data di nascita; essendo questa importante a conoscersi per una questione di successione, la Corte francese stabilì la surriferita massima e ordinò al console francese a Buenos-Aires di fare una inchiesta per stabilire la data della nascita. Del resto, questa decisione

---

(1) Cass., 7 luglio 1835 e Montpellier, 15 gennaio 1839, *Sir.*, 39, 2, 246; Bordeaux, 5 febbraio 1883, Ib., 83, 2, 137; Chambéry, 23 febbraio 1885, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 665.

(2) Cass., 15 giugno 1829 cit. in Montpellier. 15 gennaio 1839, *Sir.*, 39, 2, 246 e succitata sentenza Chambéry. Cfr. art. 1220, n° 4 del Codice del Basso Canadà.

(3) C. Torino, 4 maggio 1885, *Giurispr. Torino*, 1885, pag. 301.

(4) Trib. Senna, 14 dicembre 1849, C. Parigi, 6 maggio 1850 e Cass., 8 dicembre 1851, *Sir.*, 52, 1, 161.

(5) Pau, 19 febbraio 1873, *J. D. I. P.*, 1874, pag. 305.

non infirma il principio, perchè evidentemente quel certificato di battesimo non poteva servire neppure all'Argentina per provare la data di nascita e perchè l'atto dello stato civile non ha che la forza comprovante che gli è attribuita dalla legge del paese di redazione; un atto dello stato civile rilasciato in paese straniero non avrà il valore di atto autentico, altro che se la legge straniera questo valore gli attribuisce;

5° della regolarità degli atti di notorietà (1), degli estratti dai registri dello stato civile, delle rettificazioni in questi fatte, ecc.

Inoltre il principio è applicabile sempre senza distinguere se l'atto redatto all'estero riguarda dei connazionali o degli stranieri o insieme gli uni e gli altri (2), se sia atto di nascita, di morte, di matrimonio, ecc., se sia fatto nei paesi d'Oriente, dove hanno vigore le capitolazioni, dagli ufficiali non consolari locali (3).

Naturalmente poi, al principio così generale ed assoluto si dovrà fare nel diritto positivo eccezione se qualche Codice concedesse fede agli atti stranieri solo in base alla reciprocità e questa mancasse; per quanto il principio di reciprocità sia antigiuridico e per fortuna sempre più dimenticato, tuttavia di fronte ad una precisa disposizione legislativa che lo sancisse non si potrebbe sottrarsi alle dannose sue conseguenze. La Corte di cassazione di Francia applicò questa eccezione applicando il Cod. albertino ad un antico suddito sardo, certo Lathoud; questi produceva in giudizio due atti, di nascita e di riconoscimento, fatti dall'autorità ecclesiastica di Valparaiso nel 1845 e nel 1851. La Corte di Chambéry e poi la Cassazione richiesero al Lathoud non solo di fornir la prova che i due atti erano redatti conformemente alla legge chilena in vigore in quell'epoca, ma anche di presentare un certificato dell'incaricato d'affari del regno d'Italia al Chilì, da cui risultasse come nel 1845 e nel 1851 il principio *l. r. a.* era ammesso fra la Sardegna ed il Chilì per reciprocità: e ciò appunto perchè il

(1) Per il valore che come prova questi possono avere, vedi Duguit, *op. cit.*, loc. cit., e Montpellier, 2 dicembre 1872, Cass., 9 luglio 1873, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 16.

(2) Cass., 7 luglio 1835; Dalloz, 35, 1, 389; Duranton, *op. cit.*, vol. I, pag. 291; Demolombe, *op. cit.*, vol. I, pag. 312.

(3) Aix, 20 marzo 1862, *Sir.*, 62, 2, 387; Cass., 18 aprile 1865, Ib., 65, 1, 317; Trib. cons. Costantinopoli, 1° giugno 1877 e Aix, 19 dicembre 1877, *J. D. I. P.*, 1878, pag. 273.

Cod. albertino con gli art. 64 e 1418 non lo ammetteva che sotto condizione di reciprocità (1).

3. Grandi differenze esistono fra le varie legislazioni relativamente alla promessa di matrimonio; il Cod. francese, il belga, il rumeno e quelli degli Stati a diritto francese non ne parlano affatto; così anche la legislazione russa; i Cod. del Guatemala (art. 114), della Colombia (art. 110), dell'Uruguay (art. 85), del Chilì (art. 98), del Messico (art. 160), dell'Argentina (art. 166), del Canadà (art. 62), le leggi del Baden (21 dic. 1869, § 65 e 9 dic. 1875, § 13) e di Brema (31 ottobre 1875, § 2) espressamente dichiarano non attribuire alcun effetto alla promessa di matrimonio; secondo il Cod. italiano (art. 53 e 54) la promessa di matrimonio non produce obbligo di contrarlo nè di eseguire ciò che si fosse convenuto pel caso di non adempimento della medesima: ma se la promessa è fatta per atto pubblico o scrittura privata oppure risulta dalle pubblicazioni, il promettente, che ricusi di eseguirla senza giusto motivo, è obbligato a risarcire l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio; identica disposizione è quella dell'art. 44 Cod. spagnuolo; invece secondo il Cod. neerlandese (art. 113) la mancanza alla promessa dà luogo ad una azione in danni e interessi per le perdite reali che una delle parti ha fatto in seguito al rifiuto dell'altra di contrar matrimonio, ma è necessario che la promessa risulti da almeno una pubblicazione di matrimonio. Differenze gravi esistono anche fra le altre legislazioni così circa agli effetti della promessa che, o si limitano ad un diritto al risarcimento più o meno esteso, o arrivano fino a costituire fra fidanzati una speciale relazione di famiglia e ad attribuire ai figli concepiti dopo gli sponsali e prima del matrimonio lo stato di legittimità (Cod. zurighese, art. 576 e 688) e ad attribuirlo anche a quelli concepiti prima degli sponsali ma nati dopo (Cod. sassone, articolo 1578) (disposizioni queste che poco ci interessano perchè non relative alla forma) come anche circa al modo di manifestazione della promessa; così nei paesi germanici di diritto comune, in Austria (§§ 45 e 46), nel granducato di Assia (legge 18 aprile 1877, n. 1) la validità di una promessa non è subordinata a nessuna condizione di forma, in Prussia invece non vale se non fatta per atto notarile o giudiziario (Landr., II,

---

(1) Chambéry, 25 febbraio 1885, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 665; Cass., 23 giugno 1888 e 26 giugno 1889, *D. D. I. P.*, 1888, voce *Acte de l'état civil*, e 1889, stessa voce.

1, § 82), a Lubecca e nello Schleswig-Holstein se non davanti a un certo numero di testimoni (1), nel cantone di Zurigo se non fatta per atto scritto o con lo scambio degli anelli, ecc. Un contratto formale sembra necessario in Inghilterra (2). Nessuna forma è necessaria negli Stati retti per la legislazione matrimoniale dal diritto canonico (3).

È e come applicabile la regola *l. r. a.* alla forma della promessa di matrimonio? Sebbene solo qualche raro giurista ne parli (4) e la giurisprudenza, a quanto ci è dato sapere, non abbia avuto occasioni conosciute di decidere in proposito, non è, crediamo, inutile esaminare brevemente le questione.

Una prima occasione di difficoltà si può avere nel caso di una promessa fatta da due stranieri, di cui la legislazione riconosce qualche effetto agli sponsali, in un paese che nessun effetto a questi attribuisce. Un tribunale italiano p. es. può essere investito del giudizio intorno ad una promessa fatta da due italiani per scrittura privata al Messico o nell'Argentina: mancando in questi paesi qualunque disposizione relativa alla forma degli sponsali, ci troviamo naturalmente di fronte ad uno di quei casi nei quali mancando la *lex loci*, a questa non si può riferirsi; dovremo quindi giudicare applicando la legge personale, la quale poi nel caso in questione ammette, per precisa disposizione del secondo alinea dell'art. 9 Disp. prel., una parte a domandare all'altra il risarcimento a norma dell'art. 54, essendo i contraenti connazionali. Ma può darsi che uno dei fidanzati sia italiano, l'altro prussiano e che la promessa sia fatta per scrittura privata, forma insufficiente, secondo la legge prussiana, per domandare in base a questo atto il risarcimento: manca in tal caso così la *lex loci* come la legge comune alle parti; probabilmente i tribunali giudicherebbero applicando la *lex fori*, ammettendo i tribunali italiani lo sposo prussiano a prevalersi dell'art. 54 per domandare il risarcimento delle spese fatte e respingendo invece i tribunali prussiani la domanda dello sposo italiano diretta allo stesso scopo; soluzione che crediamo certo preferibile all'altra possibile di credere cioè obbligato lo sposo italiano e non obbligato il prussiano, così che il risarcimento sia concesso se viene

(1) Lehr, *Dr. civ. german.*, vol. II, n° 1129.

(2) Lehr, *Dr. civ. anglais*, n° 93.

(3) Friedberg e Ruffini, *op. cit.*, § 158.

(4) Semplicemente avvertendo che anche per le promesse di matrimonio ha vigore la regola nostra. Cfr. v. Bar, *op. cit.*, vol. I, n° 171; Muheim, *op. cit.*, § 21.

domandato allo sposo italiano e negato se viene richiesto allo sposo prussiano.

Ma conflitti possono nascere anche fra le leggi di Stati che concedono alcuni od altri effetti alla promessa, ma sono differenti in quanto si riferiscono alla forma. Così, se due italiani hanno fatto le pubblicazioni di matrimonio nei Paesi Bassi, è certo che così in Italia come nei Paesi Bassi una delle parti in caso di non seguìto matrimonio sarà ammessa a domandare il risarcimento all'altra: ma se gli sposi italiani hanno fatto nei Paesi Bassi la promessa per scrittura privata, per quanto questa sia riconosciuta efficace in Italia, essendo così osservata la forma personale dei due connazionali, non sarebbe, crediamo, ammessa nei Paesi Bassi, per l'applicazione dell'art. 10 della legge 15 maggio 1829, il quale non ammette l'eccezione al principio *l. r. a.* in favore della legge delle parti, se questa è comune ad ambedue i contraenti. Viceversa sarebbe, in virtù delle stesse disposizioni, efficace così in Italia come nei Paesi Bassi una promessa fatta nel nostro territorio da due neerlandesi per scrittura privata od atto notarile.

Gli sposi però possono appartenere a due paesi differenti; nel caso p. es. di una promessa fra un italiano ed una prussiana, dovrebbe senza dubbio in Prussia esser ammesso l'uno a chiedere il risarcimento all'altro, tanto se fosse stata fatta per scrittura privata in Italia come per mezzo delle pubblicazioni in Italia o nei Paesi Bassi.

4. Per il contratto di matrimonio prescrivono l'atto pubblico sotto pena di nullità, i Cod. civ. italiano (art. 1382), francese e belga (art. 1394), portoghese (art. 1097), giapponese (art. 422), la legge austriaca 25 luglio 1871, n. 76, § 1, le leggi della Baviera, del Baden (1) e di Brema (2); così pure anche nella Spagna, quando però i beni apportati dagli sposi non sono immobili e complessivamente non superano il valore di 2500 *pesetas* e non vi sia notaio nel comune della loro residenza, le convenzioni potranno essere fatte davanti al segretario dell'*Ayuntamiento* (consiglio della città) e due testimoni (Cod. civ., art. 1321, 1324). Il Landrecht prussiano (II, 1, § 422) richiede un atto davanti a notaio o all'autorità giudiziaria per le convenzioni fatte prima del matrimonio, e solo davanti all'autorità giudiziaria possono esser fatte le convenzioni posteriori. La forma scritta ma non solenne

(1) Lehr, *Dr. civ. germanique*, vol. II, n° 1186.
(2) *Z. I. P. R.*, vol. II, pag. 473.

è richiesta dal diritto russo (1); però nelle città della Livonia la convenzione matrimoniale deve esser fatta davanti ad un magistrato (2) ed in Polonia davanti a notaio ed è nulla se non ne è stata fatta dichiarazione nell'atto di matrimonio con menzione della data del luogo di redazione e del notaio (3); in Finlandia poi deve essere redatta per iscritto, e certificata da testimoni prima del matrimonio; il ministro del culto che celebrerà l'unione deve inscrivere sul contratto un attestato constatante che è stato fatto prima del matrimonio (4). Davanti al tribunale deve essere pure fatta in Rumania (Cod. civ., art. 1228) e constatata autenticamente in Svezia (5).

La redazione per atto notarile è richiesta pure nel Dominio del Canadà, salvo in certi luoghi dove l'eccezione esiste in virtù di leggi particolari (Cod. civ., art. 1264), al Messico (Cod. civ., art. 2115), ed al Guatemala (Cod. civ., art. 1185). I Cod. civ. dell'Uruguay (art. 1904), del Chilì (art. 1716), della Colombia (art. 1772) e dell'Argentina (art. 1223) recano la stessa disposizione, cioè che la scrittura pubblica è necessaria ma però che, se i beni apportati dagli sposi non sono complessivamente d'un valore superiore a 1000 *pesos* e se le convenzioni matrimoniali non costituiscono diritti sopra beni *raices* (immobili) (6), esse possono esser fatte per scrittura privata firmata dagli sposi e da tre (o due secondo il Cod. argentino) testimoni.

Nei paesi germanici retti dal diritto comune nessuna forma è richiesta per la validità delle convenzioni matrimoniali (7). In Inghilterra e nell'America del Nord (8) il contratto di matrimonio (*marriage settlement*) non ha bisogno di forma pubblica; manca del resto in Inghilterra un pubblico ufficiale investito del potere di dare autenticità agli atti privati; i contratti di matrimonio basta che siano redatti per iscritto e firmati dalle parti; non c'è neppure bisogno che abbia

(1) Lehr, *Dr. civ. russe*, vol. II, n° 1493.

(2) Ibidem, vol. II, n° 1476.

(3) Ibidem, vol. I, n° 35.

(4) Cap. III, art. 1 della legge 15 aprile 1889 sul regime dei beni fra gli sposi, *A. L. E.*, 1889, pag. 281.

(5) *Rapport de la Commiss. du notariat*, pag. 12.

(6) « *Inmuebles* o *fincas* o *bienes raices* sono le cose che non possono essere trasportate da un luogo ad un altro ». Codice del Chilì, art. 568; dell'Uruguay, art. 415; della Columbia, art. 656.

(7) Lehr, *Dr. civ. germanique*, vol. II, n° 1186.

(8) Lehr, *Dr. civ. anglais*, n° 185; Colfavru, *Du mar. et du contr. de mar. en Angleterre et aux États Unis*, chap. IX.

la forma solenne del *deed*. La scrittura privata è pure sufficiente negli scali del Levante (1).

In Svizzera finalmente grande diversità esiste fra la legislazione d'un cantone e quella d'un altro circa alla forma del contratto di matrimonio; a Ginevra, a Berna (nuovo cantone o del Giura), a Neuchâtel (2), a Soleure (3), nel canton Ticino (4), in Turgovia (5), nel cantone di Vaud (6), a Friburgo (7) deve, sotto pena di nullità esser fatto per atto di notaio; a Basilea città, deve essere o fatto per atto notarile o per scrittura privata firmata dalle parti in presenza di due testimoni, ma con la data constatata da un notaio (8); a Zurigo ed a Sciaffusa i contratti che derogano ai principii essenziali del regime legale devono essere omologati.dal tribunale: quelli che dispongono dentro i limiti del regime legale non hanno bisogno di omologazione nè di forma solenne (9); nella parte alta del cantone di Unterwald la convenzione matrimoniale deve essere firmata da un funzionario giurato; nel Vallese deve essere fatta o per atto notarile o per scrittura privata avente data certa (10); a Basilea campagna redatta per iscritto dagli sposi in presenza di quattro testimoni e presentata prima del matrimonio al presidente del comune di domicilio dello sposo o al segretario del distretto; questo però può, se gli sposi lo desiderano, redigere egli stesso il contratto che in tal caso non ha bisogno d'essere presentato alle autorità (11); la scrittura privata in presenza di testimoni è pure richiesta nel cantone dei Grigioni (12) ed anche a Lucerna, purchè tutte le parti sappiano scrivere, se no è necessaria la forma autentica (13); e infine a Zoug facendo però legalizzare le firme così

(1) Déglin, *op. cit.*, pag. 201 e Cassaz. francese, 18 aprile 1865, *Sir.*, 65, 1, 377.

(2) Cod. civ. del 1854-55, art. 1142-43.

(3) Cod. civ. del 1841-42, art. 1331.

(4) Cod. civ. del 1° giugno 1837, art. 675.

(5) Legge 1° aprile 1860, art. 109.

(6) Cod. civ. del 1819-21, art. 1046.

(7) Cod. civ. del 22 maggio 1834, art. 109.

(8) Legge 10 marzo 1884, art. 17, *A. L. E.*, 1884, pag. 549.

(9) Cod. civ. zurighese del 1887, art. 614 e 619 e Cod. civ. del Cantone di Sciaffusa del 2 aprile 1884, art. 161.

(10) Cod. civ. 1° dicembre 1853, art. 1273.

(11) Legge 20 aprile 1891, § 15, *A. L. C.*, 1891, pag. 682.

(12) Cod. civ. 1° settembre 1862, art. 517.

(13) Cod. civ. del 1832.

delle parti come dei testimoni (1). Nell'Argovia, essendo che i beni della moglie divengono proprietà del marito, che ne dispone liberamente, non esiste un vero contratto di matrimonio, ma una semplice donazione per causa di morte che si fa nelle forme delle disposizioni testamentarie, ossia facendola rogare da un avvocato o un notaio o un cancelliere (*greffier*), oppure scrivendola di proprio pugno e consegnandola al presidente del tribunale, o finalmente dichiarando verbalmente la propria volontà davanti a tre testimoni; in quest'ultima forma però non è valida che per trenta giorni (2): disposizioni in tutto simili hanno vigore nel cantone di Saint Gall (3) e nei 23 distretti che formano il vecchio cantone di Berna; qui però la dote è costituita o per atto privato o per atto notarile se uno degli sposi è illetterato (4); nel cantone di Schwitz il contratto di matrimonio è sconosciuto, fuorchè a Schwitz (distretto) e a Küssnacht, dove nessuna forma speciale è stabilita, nella Marche dove si deve fare davanti al curato, ed a Gersau dove il contratto è redatto per scrittura privata davanti alla casa del futuro sposo, nel momento in cui gli si conduce la fidanzata; finalmente il contratto è completamente sconosciuto nei cantoni di Appenzell (5), Glaris (6) ed Unterwald basso (7) dove in nessun modo può esser modificato il regime legale.

Tale varietà di forme fra la legislazione di uno e d'altro Stato indussero alcuni legislatori a prevedere e regolare preventivamente il caso di un contratto di matrimonio fatto dai loro concittadini all'estero; ed invero per evitare ogni difficoltà il Cod. civ. portoghese stabilì: « Art. 1106. I patti *pro nuptias* stipulati in paese straniero fra sudditi portoghesi si regolano secondo gli articoli di questa sezione, potendo esser rogati nella forma legale stabilita in quel paese, o davanti agli agenti consolari dai quali il governo portoghese è rap-

---

(1) Cod. civ. del 1862-76.

(2) Cod. civ. del 30 agosto 1847, art. 962, 925-27-28-29-34.

(3) Legge del 1808 modificata nel 1819 e nel 1832 e legge 29 dicembre 1833 Vedi le forme del testamento nell'ultimo capitolo, parte generale.

(4) Cod. civ. bernese, art. 896.

(5) Legge 28 ottobre 1860.

(6) Cod. civ. del 1870.

(7) Cod. civ. del 23 ottobre 1852. Per tutte queste leggi e per quanto riguarda il contratto di matrimonio in Svizzera, vedi Lardy, *Les législ. civ. des cant. suisses en mat. de tutelle, de régimes matr. et de succession*, da cui abbiamo in gran parte tolto le riferite notizie.

presentato »; e il Cod. civ. argentino: « Art. 1220. La validità delle convenzioni matrimoniali fatte fuori della repubblica sarà giudicata secondo le disposizioni di questo Codice relative agli atti giuridici celebrati fuori del territorio della nazione » ossia secondo la disposizione dell'art. 12, il quale stabilisce la regola *l. r. a.* (1). Così anche il disegno di convenzione fra gli Stati sud-americani del 1878 recava: « Art. 14. I contratti di matrimonio che sono conchiusi all'estero sono sottoposti a quelle disposizioni che valgono per i contratti, ossia alla disposizione dell'art. 5. Le forme e le solennità esterne dei contratti o di qualsiasi altro atto giuridico si regolano secondo le leggi del luogo di conclusione » (2). Non così invece l'altra Convenzione del 1889 che non reca nessuna disposizione relativamente alla forma delle convenzioni matrimoniali, ma queste si devono, crediamo, intender sottoposte alla disposizione generale relativa ai contratti, che fa eccezione alla regola *l. r. a.* (3).

5. Ad onta della chiarezza delle disposizioni riferite e della evidente applicazione che, ove manchi una norma speciale relativa alla forma dei contratti di matrimonio conchiusi all'estero, si deve dare agli articoli dei Codici che sanciscono generalmente la regola *l. r. a.*, qualche serio conflitto può sorgere su questo punto. Più importante degli altri tutti quello che deriva dal voler applicata la *lex loci contractus* al tempo nel quale può esser fatta la convenzione matrimoniale; è noto come in alcuni Stati, quali la Prussia, la Sassonia, i paesi germanici retti dal diritto comune, l'Austria, il Messico, ecc., i contratti di matrimonio possano esser fatti tanto prima quanto dopo il matrimonio; disposizione contraria a quella delle leggi italiana, francese, belga, rumena, portoghese, spagnuola, ecc., le quali non ammettono che, concluso il matrimonio, convenzioni matrimoniali possano essere stipulate o modificate; in altri paesi ancora, celebrato il matrimonio, è lasciato un certo tempo agli sposi (p. es. di 30 giorni nel cantone di Soletta) (4), per concludere il contratto, trascorso il quale, ogni posteriore convenzione e modificazione è nulla.

---

(1) Cfr. Parte gen., cap. v, nº 16.

(2) Meili, *Die Kodifikation*, pag. 92.

(3) Art. 32 e seg., *Actos del Congreso Sud-Amer.*, pag. 484 e seg., 500 e seg.; cfr. cap. successivo.

(4) Art. 1331 del Cod. civ. del 1841-42.

Ora, secondo alcuni giuristi (1) e alcune decisioni della giurisprudenza (2), le disposizioni che riguardano il tempo nel quale può validamente esser concluso il contratto sono disposizioni di forma, e perciò soggette alla regola *l. r. a.* Così più volte le Corti francesi decisero che gli sposi francesi che si maritavano in Spagna (dove, anteriormente al nuovo Cod. civ., le convenzioni potevano esser conchiuse o modificate dopo la celebrazione del matrimonio) potevano redigere il loro contratto dopo le nozze, contrariamente agli art. 1394 e 1395 del Cod. civ. francese e, ciò per applicazione della regola *l. r. a.* (3); ancora, la Cassazione in un caso nel quale un francese aveva sposato a Firenze una toscana, e conformemente al diritto romano allora vigente nel granducato, aveva regolato i rapporti coniugali patrimoniali posteriormente al matrimonio, stabilì che « la détermination de l'époque à laquelle doit intervenir le contrat de mariage comme tout ce qui dépend de sa *forme extérieure*, est soumise à la règle *l. r. a.* » (4).

E mentre poi alcuni, rettamente a nostro avviso, credono che le disposizioni degli art. 1394 e 1395 Cod. civ. francese, 1382 e 1383 Cod. civ. nostro ed altre analoghe riguardano semplicemente la capacità delle parti e non la forma, il Jay (5) opina che « la regola della

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, n° 179: « Ceci (cioè la disposizione degli art. 1394 e 1395 del Cod. civ. franc.) se rattache à la célébration extérieure du contrat et participe de la forme. C'est le cas d'appliquer la maxime *l. r. a.* ». Aubry e Rau, *op. cit.*, vol. V, n° 503 *bis*, nota 2; Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, n[i] 99 e seg., 191 e seg.; Guillouard, *Traité du contrat de mariage*, n° 335.

(2) Montpellier, 25 aprile 1844, Dalloz, 45, 2, 36; Grenoble, 30 maggio 1844, Ib., loc. cit.; Bastia e Cass., 11 luglio 1855, Ib., 56, 1, 9; Tolosa, 7 maggio 1866, Ib., 66, 2, 109; Cass., 24 dicembre 1867, Ib., 68, 1, 303.

(3) Sent. delle Corti di Montpellier, Tolosa e Cass., 24 dicembre 1867, citate nota precedente.

(4) Sent. Cass., 11 luglio 1855, cit. nota 2. A questi argomenti ne aggiungono un altro, in verità punto concludente, che fanno derivare dal posto che, nel Cod. civ. francese, occupa la disposizione di cui si tratta. L'articolo 1394, dicono, si occupa della forma del contratto di matrimonio ed esige la forma autentica. Non sarebbe strano che nello stesso articolo, nella stessa frase, il legislatore avesse voluto disporre d'una questione di forma, e d'una questione di capacità? Certo che sì: dai lavori preparatorii risulta che il legislatore non ebbe, redigendo quell'articolo, che uno scopo, cioè regolare la forma del patto matrimoniale; vedi Deglin, *Étude sur le contrat de mariage*, pag. 181.

(5) Jay, *De l'immutabilité des conv. matrim.*, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 533;

immutabilità non sia una regola nè di capacità, nè di forma, ma bensì di sostanza che s'incorpora, per così dire, col regime sia espressamente sia tacitamente adottato dalle parti; ossia che per ricercare se, in una data ipotesi, v'è luogo all'applicazione degli articoli in questione, bisogna sapere quale legge deve decidere della validità delle convenzioni matrimoniali espresse o determinare il regime degli sposi maritati senza contratto ». Quindi, secondo questo autore, se il regime matrimoniale deve esser retto dalla legge italiana o francese, si esigerà il rispetto della immutabilità, se invece dalla legge austriaca o sassone, gli sposi potranno modificare il loro regime posteriormente al matrimonio; e secondo il Jay è questa realmente la dottrina che le Corti francesi seguirono nelle decisioni più su riportate, sebbene dicano riferirsi alla massima *l. r. a.*

Si avvicina all'opinione del Jay quella del Laurent, secondo il quale « l'article 1394 est applicable aux contrats de mariage que les Français passent en pays étranger parce que l'époque à laquelle le contrat doit être dressé tient à la solennité et la solennité est de l'essence des contrats solennels ». Per noi, come per la maggioranza dei giuristi (1), le disposizioni di quell'articolo riguardano puramente e semplicemente la capacità e devono valere per ogni contratto di matrimonio di italiani così fatto nel nostro territorio come all'estero; ma del resto quello che a noi interessa non è già di determinare se siano disposizioni relative alla sostanza dell'atto o più specialmente alla capacità delle parti, ma bensì invece di stabilire che non appartengono affatto alla forma e che è un errore applicare ad esse la massima *l. r. a.;* ed invero richiamando la nostra definizione ed il concetto che della forma abbiamo posto, non può essere assolutamente compreso fra gli elementi estrinseci di validità

Paquy, *Étude sur les règ. matr.*, *Revue générale*, 1887, pag. 307. Cfr. Ricaud, *Des règ. matrim.*, pag. 150: « Il y a là plus qu'une question de forme; il y a ce que les Allemands appelleraient une règle d'organisation intrinsèque, un principe d'irrévocabilité qui s'incorpore avec tout régime soumis à la loi française. Cela étant, le juge, n'a plus qu'à rechercher à quelle loi le régime est soumis ».

(1) Fiore, *op. cit.*, 2ª ed., n° 329; Catellani, *op. cit.*, vol. II, n° 516; Despagnet, *op. cit.*, n° 453; Audinet, *op. cit.*, n[i] 712-715; Duhaut, *op. cit.*, pag. 295; Weiss, *op. cit.*, pag. 506; Foelix-Demangeat, *op. cit.*, vol. I, n[i] 73 e seg.; Duguit, *op. cit.*, pag. 116; Pallamary, *Des confl. de législ. relat. aux conv. matrim.*, pag. 158 e seg.; Neveu, *Du rég. de biens entre époux*, part. II, chap. II, 2; Ricaud, *Des règ. matrim.*, pag. 143; Paquy, *op. cit.*, loc. cit.

di un atto, fra i mezzi cioè di manifestazione della volontà, l'epoca nella quale tale volontà deve, per aver effetti giuridici, manifestarsi.

Un contratto di matrimonio concluso fra due coniugi italiani non è già nullo per vizio di forma: quando sia stato fatto per atto pubblico davanti a notaio, le prescrizioni della legge nostra, relative alla forma, sono pienamente soddisfatte; ma è nullo, perchè la capacità dei contraenti era limitata al tempo anteriore al matrimonio e si è esaurita col fatto del matrimonio, salvo naturalmente a risorgere con lo scioglimento di quell'unione coniugale.

Ma escluso che la *lex loci contractus* debba determinare se la convenzione debba farsi prima del matrimonio, non tutte le difficoltà sono superate; rimangono quelle derivanti dalla differenza fra le disposizioni legislative che riguardano effettivamente la forma del contratto; e principale quella che sorge fra le legislazioni che richiedono l'atto solenne e quelle che si contentano della scrittura privata. *Famosissima quaestio* che si presenta anche per la donazione, per il riconoscimento di figlio naturale e in altri casi ancora e che tiene divise le opinioni dei giuristi.

Per alcuni (1), quando la legge di un paese stabilisce che la convenzione debba esser fatta per atto autentico, i cittadini di questo Stato non possono validamente concludere all'estero il contratto di matrimonio se non per atto autentico. La *lex loci* sarà competente a determinare come si possa dare autenticità al contratto, ma non già a stabilire se si possa fare per atto pubblico o per scrittura privata; e questi sono gli argomenti addotti; un atto autentico è quello per l'esistenza del quale è richiesto il compimento di certe formalità solenni; « la solennità è, non già una *formalità* estrinseca, ma una *condizione* intrinseca ». Quando non è permesso al francese in Francia o all'italiano in Italia di fare per scrittura privata la convenzione matrimoniale, la solennità, quantunque in realtà non sia che una formalità, è posta al rango delle condizioni richieste per l'esistenza del negozio, diviene un elemento sostanziale dell'atto giuridico, altrettanto essenziale alla sua validità che la capacità delle parti. E ancora: le ragioni che hanno fatto adottare la regola *l. r. a.* non possono

(1) LAURENT, *op. cit.*, vol. II, n[i] 241 e seg., e *Principes de droit civil*, vol. I, pag. 381; CLUNET, *Quest. et sol. prat.* 33, *J. D. I. P.*, 1880, pag. 385. Anche DUGUIT, *op. cit.*, pag. 116, ma solo dal punto di vista del diritto positivo francese. Vedi anche aut. cit. sopra a nota 1, pag. 130.

valere in questo caso, perchè per quanto il legislatore di uno Stato abbia facilitato, accogliendo quella regola, ai suoi concittadini il modo di compiere i loro atti all'estero, egli non ha mai loro permesso di non osservare le condizioni che riguardano la sostanza del diritto, le quali continuano ad essere rette dalla legge personale. « Di maniera che se si considera solamente alla stregua dei principii il valore relativo della solennità fra le condizioni imposte agli atti autentici si è condotti a concludere che costituisce precisamente una delle condizioni cui la legge ha subordinato l'esistenza giuridica della convenzione matrimoniale, e che la considerazione di nessuna circostanza, neppure di forza maggiore, l'autorità di nessun adagio non possono fare sì che quel negozio giuridico riunisca i suoi caratteri costitutivi, quando insomma questi caratteri sono assenti ». « Cette déduction, aggiunge il Clunet (1), aboutit à des conséquences rigoureuses, mais sa justesse juridique est irréprochable. Et il faut bien avouer que ceux qui la repoussent et avec eux la jurisprudence, sont obligés de déserter le terrain du droit pur. Leur doctrine consiste à subordonner le droit à l'intérêt ».

E il Laurent poi non si limita a dire che la disposizione dell'articolo 1399 Cod. civ. francese riguarda in genere gli elementi essenziali della convenzione matrimoniale, ma crede che più specialmente sia direttamente connessa col consenso. « Secondo i termini formali dell'art. 1394, egli scrive (2), il vizio di forma produce non solamente la nullità dello scritto, ma ancora la nullità, anzi la inesistenza della convenzione. Il vizio, per vero dire, non è nella forma, ma è nel consenso, ciò che concerne evidentemente la sostanza; ed invero, nei contratti solenni il consenso non esiste che quando è espresso nelle forme volute dalla legge. Quando le forme non sono state osservate non c'è consenso, e quindi non c'è contratto. Concludiamo quindi, che un contratto solenne, per il quale la legge francese prescrive l'autenticità non può essere fatto all'estero per scrittura privata. Si viola forse con ciò la massima *l. r. a.?* Niente affatto, poichè per giudicare della validità dell'atto autentico fatto all'estero si applicherà la legge del luogo in cui l'atto è stato redatto e non la legge francese. L'autenticità è dell'essenza dell'atto; la forma dell'autenticità è una condizione intrinseca ».

I sostenitori poi di questa teoria credono trovare nuovi argomenti

---

(1) Clunet, *op. cit.*, loc. cit.
(2) Laurent, *Princ. de dr. civ.*, vol. I, pag. 381.

in favore della loro rigida soluzione, indagando la ragione di tali disposizioni di legge: il legislatore, dicono, ha fatto del contratto di matrimonio un atto solenne in vista dell'importanza di questo contratto che forma un patto fra le due famiglie e regge gli sposi durante tutta la loro vita e i terzi che con essi contrattano; nell'interesse quindi dei terzi e dei contraenti, per la tutela della buona fede, per garanzia della libera e sincera manifestazione della volontà, per la difficoltà infine, delle clausole di questo contratto, difficoltà tale che alle volte i giureconsulti sono imbarazzati a determinarne la natura e gli effetti, il legislatore ha creduto opportuno di farlo solennemente redigere da un notaio: « ces considérations n'ont rien de commun avec le territoire; elles sont toutes personnelles, donc le statut est personnel, c'est-à-dire national » (1).

Finalmente il Duranton (2) crede che la massima *l. r. a.* non si applichi alle convenzioni matrimoniali, perchè siccome la condizione d'autenticità richiesta dalla legge francese *può sempre* esser soddisfatta all'estero, non c'è ragione alcuna per dispensarne il francese che all'estero si trovi, ed altri giuristi (3) invocano, relativamente al Cod. civ. francese, l'autorità della tradizione, perchè il Cod. Napoleone, dicono, ha voluto applicare la teoria tradizionale degli statuti e nella categoria degli statuti personali, gli antichi giureconsulti, specialmente il Bouhier, facevano rientrare le leggi sulla forma degli atti: si era arrivati a distinguere in un contratto la forma istrumentale e le condizioni di solennità e a sottoporre queste allo statuto personale, quella alla regola *l. r. a.*

È inutile spender molte parole per confutare questi due ultimi argomenti, dei quali quello del Duranton cade da sè, perchè basato sopra una inesatta conoscenza della legislazione comparata e l'altro non maggiore valore ha, perchè alla tradizione nella nostra scienza solo una relativa importanza si può attribuire, tanto più quando la si fa risalire alla teoria degli statuti, la cui incertezza e gli equivoci suoi non hanno ulteriore bisogno d'essere dimostrati.

Ma neppure le altre argomentazioni riescono a persuaderci, come non hanno fortunatamente persuaso nè la maggioranza degli scrittori, nè la giurisprudenza.

---

(1) Laurent, *Dr. civ. intern.*, vol. II, n° 241.
(2) Duranton, *Dr. civ.*, tom. I, pag. 56.
(3) Cfr. Pallamary, *op. cit.*, pag. 142.

Ed invero non riesciamo a comprendere come il fatto di richiedere una speciale forma per le convenzioni matrimoniali possa avere per risultato di far mutare quello che è forma in sostanza. Coloro stessi che negano l'applicazione della massima *l. r. a.* alle convenzioni matrimoniali sono costretti ad ammettere che la solennità, *in realtà non è che una formalità;* ora, dato pure che sia posta al rango delle condizioni richieste per l'esistenza del negozio giuridico, non diviene affatto per questo un elemento sostanziale dell'atto stesso, ma rimane sempre ed esclusivamente un elemento formale. Il Clunet dice, che per sostenere che due francesi possono validamente stipulare in Inghilterra il loro contratto, bisogna « déserter le terrain du droit pur » e subordinare il diritto all'interesse; e a noi invece sembra che questo rimprovero possa proprio esser rivolto contro di lui; ed invero in ogni atto giuridico il diritto riscontra, determina e distingue i vari elementi, capacità, sostanza, forma, i quali sono quelli e non altri, e non possono venire scambiati, così che un elemento di capacità possa divenire un elemento di forma, o un elemento formale, uno sostanziale; il legislatore potrà benissimo regolarne, con maggiore o minor cura e cautela, l'uno o l'altro, potrà per un determinato negozio attribuire all'elemento formale una importanza straordinaria, ma con questo non potrà mutare mai la natura giuridica obbiettiva di uno o d'altro elemento e ciò per una impossibilità assoluta, quasi direi per la stessa materiale impossibilità, per cui, secondo il noto adagio, il Parlamento inglese può far tutto, ma non mutare l'uomo in donna. I criteri per distinguere in ogni negozio giuridico l'elemento di sostanza da quello di forma determinati secondo il diritto puro, di cui i nostri avversari si credono i rigidi custodi, sono assoluti, immutabili ed applicabili a qualsisia atto giuridico, comunque sia regolato dal diritto positivo di questo o quel paese, di questo o di quel tempo; a questi criteri il legislatore non può, neppur volendo, sostituire i proprii criteri soggettivi e far che sia forma quello che è sostanza e viceversa, così da ottenere che, per rimanere nel nostro caso, il complesso dei mezzi di manifestazione della volontà delle parti nel contratto di matrimonio sia elemento formale in Prussia e in Inghilterra, elemento sostanziale in Italia e in Francia. E si noti poi che il legislatore italiano o francese, questo non stabilisce, ma è la dottrina che erroneamente tale effetto alla disposizione legislativa vorrebbe attribuire. Infine poi, se la teoria del Laurent, del Clunet e degli altri che combattiamo fosse vera, si potrebbe facilmente, certo con non minore ragione di

loro, sostenere che la disposizione del Cod. civ. che richiede per il contratto di matrimonio la forma autentica è specialmente, più che alla sostanza, relativa alla capacità, perchè con essa il legislatore toglie la facoltà, rende incapace il cittadino italiano di fare un tale contratto per scrittura privata: assurdo evidente. La verità è che la forma della convenzione matrimoniale anche se deve essere sotto pena di nullità autentica, forma rimane e non diviene sostanza: e forma essendo, va soggetta alla regola *l. r. a.*

Non maggior valore hanno gli altri argomenti derivati dalle ragioni per cui alcuni Codici hanno richiesto la forma solenne; argomenti che servono mirabilmente invece a sostenere la prevalenza della forma richiesta dalla *lex loci contractus:* riguardo ai quali poi, come riguardo ai primi, per non ripeterci, rimandiamo il lettore a quanto abbiamo detto nella parte generale circa al fondamento giuridico della regola nostra e circa alla sua applicazione agli atti solenni (1).

Tutto ciò solo dal punto di vista giuridico, prescindendo poi dall'osservare tutti i gravissimi inconvenienti pratici che deriverebbero in moltissimi casi dal non ammettere al contratto di matrimonio l'applicazione della massima nostra; tralasciando anche di notare come la necessità, il rispetto alla buona fede, all'equità, all'interesse pubblico la esigono, come sarebbe una stridente contraddizione vedere un legislatore che per l'atto importantissimo di costituzione della famiglia, per il negozio solenne per eccellenza, per il matrimonio, sancisce la competenza della *lex loci celebrationis* quanto alla forma, e nega poi che questa legge possa esser regolatrice della forma della convenzione relativa al patrimonio degli sposi, producendo così l'effetto di porli molte volte nella impossibilità assoluta di concluderla validamente. E non ci si risponda che la contraddizione c'è ed è deplorabile, ma che risponde esattamente all'intenzione del legislatore, il quale ha specificatamente stabilita la regola *l. r. a.* per il matrimonio e non per il contratto di matrimonio, perchè potremmo facilmente ritorcere questo argomento: ed invero se nel Cod. civ. troviamo l'art. 100 e non troviamo un articolo analogo relativo alle convenzioni matrimoniali, ciò non dipende già dal fatto che il legislatore abbia voluto applicabile al primo e non alle seconde la regola *l. r. a.*, ma bensì dall'aver il legislatore fatto la molto ovvia considerazione che per il matrimonio, in vista della grande importanza di questo negozio e

(1) Vedi parte generale, cap. III, n° 5 e seg., 17 e 18, cap. IV, n° 3.

delle straordinarie differenze fra le forme per esso richieste in questo e in quello Stato, era opportuno togliere con una speciale disposizione ogni legittimo dubbio che avrebbe potuto sorgere circa all'applicazione ad esso dell'art. 9, e che per il contratto di matrimonio, come per la donazione, per il riconoscimento di figlio naturale e per ogni altro atto, era sufficiente la disposizione *generale* dell'art. 9, senza bisogno di ripeterla per ognuno di questi negozi giuridici.

Secondo noi, all'applicazione della regola *l. r. a.* al contratto di matrimonio non si può fare eccezione in favore della legge che regola in generale il regime dei beni: diciamo ciò, perchè non accettiamo l'opinione del Fiore, il quale sebbene ammetta che, quando manchi la possibilità di fare all'estero un contratto di matrimonio per atto autentico, l'italiano ed il francese possano validamente farlo per scrittura privata, pure, nei casi nei quali la possibilità di seguire per la forma la legge personale non manca, la forma debba essere determinata dalla legge che regge in generale i rapporti patrimoniali. « Un italiano, scrive il Fiore (1), che contraesse matrimonio con una straniera in paese straniero, ove si potessero fare i contratti di matrimonio con scrittura privata, non potrebbe validamente stipulare in tal guisa codesto contratto. I rapporti di famiglia derivano dal matrimonio e dal contratto di matrimonio, con cui si provvede all'avvenire della famiglia, e come i coniugi italiani non possono sottomettersi ad una legge straniera nello stabilire il regime dei beni, così non possono sottomettersi ad essa nello stipulare con un atto privato quanto concerne il regime dei beni medesimi. Ma se fosse invece uno straniero che togliesse in moglie una italiana, e secondo la legge del paese di lui fosse ammesso di stipulare i contratti di matrimonio con atto privato, e in tale forma fosse fatto il contratto di matrimonio, codesto contratto dovrebbe senza dubbio essere trascritto in conformità di quanto dispone la legge nostra, ma non si potrebbe considerare come nullo nè ritenere inefficace a riguardo di immobili esistenti in Italia per la disposizione dell'art. 1382 ». Ci duole di non poter seguire tale opinione: la legge italiana, ad eccezione del caso in cui i due sposi siano connazionali, prescrive assolutamente di seguire la legge del luogo per la forma; nè, come abbiamo dimostrato, l'articolo 1382 può portare una deroga all'art. 9; il fatto poi che gli immobili esistano in Italia o all'estero non può neppure essere invocato per non applicare

(1) Fiore, *op. cit.*, vol. I, n[i] 237 e 239.

la regola *l. r. a.*, come è sancita dal nostro Codice, alla forma degli atti costitutivi di diritti reali su detti immobili (e di ciò meglio nel capitolo seguente): ora, così nell'uno come nell'altro caso supposto dal Fiore, i due sposi non sono connazionali e deve trovar quindi sempre applicazione la disposizione del primo alinea dell'art. 9. E non giova osservare che il contratto non avrà efficacia se non dopo il matrimonio, se non dopo quindi che la donna italiana è divenuta straniera, perchè quando essa lo stipulò era italiana e doveva osservare la legge italiana ossia l'art. 9, e perchè la mutazione di cittadinanza non può produrre l'effetto di render validi atti che erano invalidi prima, nè invalidi atti, prima conchiusi validamente; e d'altra parte poi il giudice italiano, trattisi di italiani o di stranieri, di contratto concluso in Italia o all'estero, non ha, per la forma degli atti, che una sola norma, cui tenersi *rigorosamente obbligato* ad applicare: quella dell'articolo 9 (1).

Nè manco ci persuade l'argomento del Fiore, cioè che « come i coniugi italiani non possono sottomettersi ad una legge straniera nello stabilire il regime dei beni, così non possono sottomettersi ad essa nello stipulare con un atto privato quanto concerne il regime dei beni medesimi »; ci sembra che siano due ordini di norme giuridiche differenti, fra le quali non c'è una così necessaria connessione da farli reggere da una sola ed identica legge; altro è il regime patrimoniale dei coniugi, altro la forma con cui si fa il contratto che codesto regime relativamente determina; il regime può rimanere e rimane infatti completamente sottomesso alla legge italiana, anche se la forma del contratto fatto all'estero non è stata quella dell'art. 1382; come l'aver due italiani o un italiano ed una straniera celebrato religiosamente il loro matrimonio in Austria, non toglie affatto che i loro rapporti di famiglia siano retti dalla legge italiana, così l'aver fatto il loro contratto per scrittura privata in Prussia, non impedisce per nulla che il

(1) Così che se i Codici di due Stati richiedessero per il contratto di matrimonio, l'uno la forma autentica, l'altro la scrittura privata, ma fossero concordi nell'accogliere fra le norme per l'applicazione del diritto straniero la regola voluta dal Fiore, e se un cittadino del secondo Stato stipulasse il suo contratto di matrimonio con una donna appartenente al primo, sul territorio di questo e secondo la forma locale per scrittura privata, certamente i giudici di ambedue gli Stati dovrebbero dichiarare il contratto nullo; ma portata la questione davanti al giudice italiano, questi dovrebbe applicare l'articolo 9, norma per lui obbligatoria e ritenerlo valido.

regime matrimoniale sia quello richiesto dalla legge italiana; essi non possono sottomettersi ad una legge straniera nello stabilire il regime dei beni perchè l'art. 6 vuole che i rapporti di famiglia siano regolati dalla legge nazionale, ma essi possono, se sono connazionali e, se non lo sono, debbono, sottomettersi alla legge straniera per la forma del loro contratto, perchè l'art. 9 vuole così.

L'applicazione della regola nostra non deve, a nostro avviso, soffrir eccezioni neppure nel caso in cui la *lex loci contractus* si contentasse di una semplice forma verbale.

La maggioranza degli scrittori (1) e la giurisprudenza (2) sono del resto favorevoli ad ammettere l'applicazione della *lex loci contractus* alla forma delle convenzioni matrimoniali. Ed è notevole come la stessa decisione dia la giurisprudenza americana ed inglese (3).

---

(1) Catellani, *op. cit.*, vol. II, n° 518; Fusinato, *Nota a sent. Cass. Roma*, 10 aprile 1890, *Foro it.*, 1891, fasc. xxiii; Weiss, *op. cit.*, pag. 507; Surville-Arthuys, *op. cit.*, n° 191; Despagnet, *op. cit.*, n° 453; Audinet, *op. cit.*, n° 705; Febvre, *op. cit.*, pag. 156 e seg.; Duguit, *op. cit.*, pag. 214; Duhaut, *op. cit.*, pag. 290; Durand, *op. cit.*, n° 61; Pallamary, *op. cit.*, pag. 137 e seg.; Neveu, *op. cit.*, parte ii, chap. ii, 2; Paquy, *op. cit.*, pag. 303; Ricaud, *op. cit.*, pag. 99 e seg.; Guillouard, *op. cit.*, pag. 333; Roussel, *De la formation des conventions*, n° 54; Dicey-Stocquardt, *op. cit.*, vol. I, n° 123; Picard, *Valeur et effet, etc.*, n° 23, *J. D. I. P.*, 1881, pag. 406; Haus, *Dr. privé, etc.*, § 84; Foelix-Demangeat, *op. cit.*, vol. I, §§ 72, 73, 79; Demolombe, *op. cit.*, vol. I, pag. 125; Aubry et Rau, *op. cit.*, vol. I, pag. 110; Jettel, *op. cit.*, § 15; Muheim, *op. cit.*, § 23; Bar, *op. cit.*, vol. I, pag. 351; Schaeffner, *op. cit.*, §§ 78-80. Cfr. inoltre aut. cit. a nota 3, pag. 132.

(2) Corte appello Parma, 23 marzo 1883, *Mon. trib. mil.*, 1883, pag. 550; vedi anche nella giurisprudenza nostra, non in tema di contratti di matrimonio, ma di questioni analoghe, Corte app. Ancona, 11 luglio 1888, *Foro it.*, 1888, 1, 726; Corte app. Genova, 30 aprile 1886, *Legge*, 1886, 2. 204; Cass. Napoli, 1° marzo 1883, *Foro it.*, 1883, 1, 461; App. Genova, 31 dicembre 1879 e Cass. Torino, 4 marzo 1881, *Foro it.*, *Repertorio*, 1880 e 1881, voce *Cambio marittimo*, n° 3 e 4; Cass. Napoli, 14 genn. 1886, Ib., *Repert.*, 1876, voce *Testamento*, n° 5; Cass. Torino, 27 marzo 1885, *Legge*, xxv, pag. 661 e *J. D. I. P.*, 1886, pag. 617; Parigi, 11 maggio 1816, *Sir.*, 17, 2, 10 e 22 novembre 1828, Ib., 29, 2, 77; Cass., 12 giugno 1855, Dalloz, 55, 1, 389 e 18 dicembre 1865, Ib., 1865, 1, 342; Trib. civ. Tunisi, 14 nov. 1889, *J. D. I. P.*, 1890, pag. 298; Rennes, 4 marzo 1880, Ib., 1881, pag. 153; Zivilsenat di Brema, 22 dicembre 1891, *Z. I. P. R.*, vol. II, pag. 473.

(3) Rorer, *Interstate amer. law.*, pag. 66; Story, *op. cit.*, § 242; Dicey-Stocquart, *op. cit.*, vol. I, n° 123; Westlake, *op. cit.*, § 33 e seg., e *La doctr. angl., etc.*, *J. D. I. P.*, 1881, pag. 315; Wharton, *Commentaries*, § 342 e *A Treatise*, § 169; Sent. dell'Alta Corte, divis. di cancelleria, 25 gennaio 1883, Hearn c. Glanville, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 85.

Nessun dubbio poi può sorgere, neppure per quelli che credono non applicabile le regola *l. r. a.* alla forma del contratto di matrimonio quando questa è richiesta solenne dalla legge personale degli sposi, circa alla specie di solennità: ossia tutti sono concordi ad ammettere che per sapere quali norme devono essere osservate per rendere autentico il contratto, bisogna riferirsi alla legge del luogo in cui è stato fatto.

Così anche, sebbene sia quasi superfluo il dirlo, l'essere il contratto di matrimonio, come del resto qualunque altro atto, redatto nella lingua del paese dove è stipulato, non può renderlo nullo nello Stato cui appartengono le parti; ciò poi non solo vale generalmente per gli atti redatti all'estero, ma anche per quelli redatti all'interno. Anche in Francia dove una sentenza della Cassazione (1) parve ritenere esser la redazione in lingua francese degli atti pubblici una disposizione d'ordine pubblico prescritta sotto pena di nullità, la più recente giurisprudenza (2) ritiene il contrario.

Tutto ciò che abbiamo detto circa alla forma del contratto di matrimonio vale anche per la forma delle mutazioni o controdichiarazioni che si volessero farvi.

6. Per le convenzioni matrimoniali, come per ogni altro negozio giuridico, stabilita la regola *l. r. a.*, si presenta la questione se essa sia obbligatoria o facoltativa. La nostra teoria ci condurrebbe a non concedere alle parti nessuna facoltà di sottrarvisi: ma siccome in questa parte del nostro lavoro dobbiamo trattare dei conflitti di fronte al diritto positivo, questo può condurci a differente conclusione.

La disposizione dell'art. 9 Disp. prel. del nostro Codice è così chiara che non può lasciar posto ad incertezze: la regola *l. r. a.* è obbligatoria quando gli sposi non sono connazionali, quando lo sono è facoltativa ed è loro lasciata la scelta fra la forma della *lex loci contractus* e quella della legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le parti. L'applicazione di tale articolo al contratto di matrimonio è stata fatta dalla Corte di cassazione di Torino (3) in un caso

(1) Cass., 4 agosto 1859, *Sir.*, 60, 1, 239.

(2) Bastia, 14 dicembre 1874 e 17 genn. 1876, *Sir.*, 75, 2, 100 e 76, 2, 164, vedi anche NEVEU, *op. cit.*, loc. cit. e TURIN, *De la rédaction des actes, etc.*, pag. 2 e seguenti.

(3) Cass. Torino, 27 marzo 1885, *Legge*, XXV, pag. 661 e *J. D. I. P.*, 1886, pag. 617; vedi anche Corte app. Parma, 23 marzo 1883, *Mon. trib. mil.*, 1883, pag. 550.

che merita d'esser considerato: nel 1869 un abitante della provincia di Mantova, dove il Codice civile austriaco era ancora in vigore, sposava una donna originaria di Milano: una costituzione di dote, puramente verbale, era stata fatta a Milano, ossia in territorio dove vigeva il nostro Codice attuale; era essa valida? erano ad essa applicabili gli art. 1382 e 1314 del Cod. civ. o il § 34 del Cod. civ. austriaco il quale autorizzava le costituzioni puramente verbali? (1). La Corte di Torino per una esatta applicazione dell'art. 9 dichiarò il negozio giuridico nullo: nè poteva differentemente giudicare: il conflitto non sorgeva fra una legge straniera e quella italiana, ma fra due leggi vigenti in due provincie d'Italia: gli sposi erano connazionali, ma non c'era ancora una legge comune a tutte le parti e il conflitto si presentava quasi in identico modo come se gli sposi fossero cittadini di due Stati diversi, e bene fece la Corte ad applicare il primo alinea e non il secondo dell'art. 9, dichiarando nullo il contratto, che per la stessa ragione sarebbe stato senza dubbio dichiarato valido se fatto a Mantova. Questa sentenza implicitamente ammette che la ragione della deroga alla obbligatorietà del principio *l. r. a.* stabilito nell'alinea secondo dell'art. 9 sta piuttosto nel fatto d'esser la legge comune a tutte le parti, che non in quello d'appartenere queste alla stessa nazione; come noi abbiamo altrove osservato, traendone la conseguenza che, una volta ammessa quella eccezione, il legislatore avrebbe fatto bene ad estenderla anche ai casi nei quali le parti, pur non essendo connazionali, sono rette da leggi, per quell'atto giuridico identiche (2). Ad ogni modo la formulazione di questa eccezione in favore della legge nazionale delle parti è certo migliore nel Cod. italiano che in quei Codici o leggi che come il giapponese (3) o la legge per il Congo (4) la stabiliscono in favore della forma richiesta dalla legge del paese cui le parti appartengono, senza aggiungervi « purchè comune a tutte le parti »: se quest'ultimo alinea non ci fosse stato nell'art. 9, certo differente avrebbe dovuto essere il giudicato della Corte di Torino.

La questione poi di sapere, se la regola sia per il contratto di ma-

---

(1) La legge austriaca che richiede per il contratto di matrimonio la forma autentica è del 25 luglio 1871.

(2) Vedi pag. 171 in fine.

(3) Vedi Parte gen., cap. v, nº 26.

(4) Vedi Parte gen., cap. v, nº 25.

trimonio (e per ogni altro atto) facoltativa e in che senso, sotto molto differenti aspetti si può presentare secondo i vari Codici: secondo il nostro, il diritto di scelta, è concesso fra la *lex loci contractus* e la legge nazionale dei contraenti, purchè comune a tutte le parti: invece secondo altre legislazioni è concesso fra la *lex loci contractus* e:

1. la legge nazionale delle parti (1);

2. la legge dove il negozio debba aver effetto, dovunque debba aver effetto, siano o meno connazionali i contraenti (2);

3. la legge dello Stato che stabilisce questa disposizione legislativa, debba o no aver colà effetto il negozio, siano o meno connazionali le parti (3);

4. la legge dello Stato che stabilisce questa disposizione legislativa, purchè colà debba aver effetto, siano o meno connazionali le parti (4).

Questi vari modi di stabilire la facoltatività della regola corrispondono quasi esattamente alle varie teorie che sono state nella dottrina circa a questo punto sostenute (5), le quali hanno poi un valore pratico in quegli Stati, come la Francia, il Belgio, l'Inghilterra, dove nessun articolo di legge sancisce la regola nostra, ma dove tuttavia vige per consuetudine ed è applicata dalla giurisprudenza.

Così in Inghilterra: sebbene in generale i magistrati inglesi credano che l'osservanza della forma richiesta per un contratto dalla legge del luogo in cui è stato fatto, sia una condizione sufficiente e necessaria per la sua validità (6), tuttavia in un caso, nel quale una inglese si era sposata in Francia con un francese ed un contratto destinato a regolare i suoi beni mobili, era stato fatto pure in Francia, per scrittura privata, come è permesso in Inghilterra, la Corte inglese decise in favore della validità del contratto (7). Maggiori difficoltà in Francia, dove la dottrina e la giurisprudenza sono tutt'altro che concordi nel determinare se, e specialmente in quali casi, la regola sia, per il contratto di matrimonio, facoltativa.

---

(1) Congo, Giappone, Austria, Argentina, Conferenza dell'Aja. Vedi per questi Stati e per quelli sotto citati il cap. V, parte generale.

(2) Prog. di Cod. civ. bernese, Sassonia.

(3) Zurigo, Zug, Sciaffusa.

(4) Friburgo, Livonia, Estonia e Curlandia, Messico, Guatemala.

(5) Vedi Parte gen., cap. IV, n° 5.

(6) DICEY-STOCQUART, *op. cit.*, vol. I, n° 123.

(7) WESTLAKE, *op. cit.*, § 33 e casi ivi citati.

La maggioranza (1) degli scrittori e dei giudicati francesi la crede facoltativa nel senso dell'art. 9 del nostro Codice: solo due francesi che stipulano il loro contratto di matrimonio all'estero o due stranieri appartenenti allo stesso paese stipulanti in Francia, possono seguire le forme loro personali; in tutti gli altri casi sarà obbligatoria: però, oppongono altri (2), bisogna intendersi sul senso delle parole, « essere la regola facoltativa »: essa lo è quando i contraenti sono connazionali, purchè però il contratto non debba sortire i suoi effetti nello Stato nel quale è stato fatto; così due inglesi possono fare validamente il loro contratto in Francia per scrittura privata se sarà eseguibile in Inghilterra, ma se riguarda beni situati in Francia, dovrà esser fatto per atto di notaio: e non giova opporre, continuano, l'argomento che, per l'analogia del caso con la confezione del testamento, si deriva dall'art. 999 Cod. civ. francese, il quale permette al francese di fare il testamento olografo all'estero, secondo le forme francesi: non si può sostenere che egualmente si dovrà permettere a due stranieri di fare in Francia il loro contratto secondo la forma loro nazionale, perchè non c'è identità fra le due ipotesi: per le disposizioni d'ultima volontà c'è un testo formale, l'articolo 999, che permette al francese all'estero, di sottrarsi alla regola *l. r. a.*; per il contratto di matrimonio un testo analogo manca e quindi se deve essere efficace su beni francesi, sarà obbligatoria, in Francia, la forma locale. La giurisprudenza pure su questo punto non è costante (3).

Quanto poi agli Stati che come la Spagna, la Baviera, il Baden, i Paesi Bassi, la Rumania, la Luigiana, ecc. ecc., e come parecchi cantoni svizzeri (4) hanno sancito la regola in termini assoluti, nessun dubbio ci dovrebbe essere circa alla sua completa obbligatorietà: ci mancano i dati per sapere se nel fatto sia anche così.

Infine indipendentemente dalle deroghe che relativamente al contratto di matrimonio sono portate dalla facoltà concessa alle parti di

---

(1) WEISS, DEGLIN, RICAUD, *op. cit.*, loc. cit. e aut. ivi citati.

(2) PALLAMARY, NEVEU, *op. cit.*, loc. cit.

(3) In favore della facoltatività, Corte Douai, 13 gennaio 1887, *J. D. I. P.*, 1887, pag. 57; *contra*, Cass., 4 aprile 1881, Ib., 1881, pag. 426; Trib. Boulogne sur mer, 8 aprile 1886, Ib., 1887, pag. 57; vedi anche Cass., 9 marzo 1853, *Sir.*, 53, 1, 274. Intorno alla efficacia che la *lex rei sitae* può avere sulla forma degli atti costitutivi di diritti reali vedi cap. seguente.

(4) Vedi queste disposizioni nella Parte generale, cap. V.

il contratto e il matrimonio in Francia e che viceversa quelle disposizioni non obbligano i francesi che si trovano all'estero: ma l'inesattezza sta nella motivazione, nell'averle calcolate disposizioni formali e nell'aver invocato la regola *l. r. a.* (1). Non si può del resto comprendere come sia conciliabile il giudicato di Rennes con le sentenze francesi, le quali ammettono che due stranieri possano validamente fare in Francia il loro contratto per scrittura privata secondo la loro legge e con le altre che stabiliscono non esser gli art. 1394 e 1395 Cod. civ. francese applicabili agli stranieri ai quali la legge personale permette di fare o modificare il contratto dopo il matrimonio.

Così pure farebbe una inesatta applicazione estensiva della regola nostra chi volesse sostenere che la omologazione che del contratto deve fare il tribunale secondo le leggi, p. es., di Zurigo e Sciaffusa, per renderlo valido, non è obbligatoria nel caso di un contratto fatto da due zurighesi in Italia o in altro paese dove nessuna omologazione da parte dell'autorità giudiziaria è richiesta: è manifesto che in tal caso perchè il contratto fosse valido in Italia sarebbe necessaria l'omologazione del giudice zurighese, la quale poi non sarebbe affatto richiesta per un contratto fatto da due italiani a Zurigo: la omologazione non riguarda la forma, ma bensì l'intervento del magistrato, necessario secondo le leggi di quei Cantoni per dare validità al contratto: non è del resto questa per nulla una deroga alla regola nostra, chè la forma del contratto sarà quella prescritta dalla *lex loci* e il magistrato svizzero concederà l'omologazione al contratto, quando la massima *l. r. a.* sia stata, nel redigerlo, osservata.

Un'ultima questione finalmente sorge relativamente alle convenzioni matrimoniali: di che forma dovranno rivestire il loro contratto due stranieri che si trovano in uno Stato dove mancano affatto disposizioni in materia, dove anzi le convenzioni matrimoniali sono sconosciute? La questione si presenta negli identici termini dell'altra da noi esaminata circa agli sponsali e come quella sarà risolta (2) di fronte alla legge personale delle parti, chè di fronte alla legge del

(1) Vedi sulla questione Weiss, *op. cit.*, pag. 509; Verger, *op. cit.*, pag. 120; Despagnet, *op. cit.*, pag. 446; Déglin, *op. cit.*, pag. 207; Duguit, *op. cit.*, pag. 116, nota 3; Beauchet, *Observations sur la rédaction des convent. matr.*, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 41; Corte Douai, 13 gennaio 1887, Ibid., 1887, pag. 57.

(2) Vedi sopra questo cap., pag. 296.

luogo, non riconoscendo essa nessuna efficacia alle convenzioni matrimoniali fra cittadini, molto facilmente lo stesso criterio seguirà per quelle fra stranieri colà fatte. Il conflitto, più frequentemente che altrove, sorge, per ciò che abbiamo veduto nel nostro esame di legislazione comparata, nella Svizzera e non solo fra le leggi svizzere e le straniere, ma fra legge e legge cantonali svizzere, e si presenta in circostanze di difficile soluzione di fronte alla legislazione dello Stato federale e dei singoli cantoni federati: ed invero nessuna norma di diritto internazionale od intercantonale privato circa alla forma del contratto di matrimonio nel Concordato del 15 luglio 1822 (1), che lega parecchi cantoni svizzeri, nessuna nelle legislazioni cantonali, nessuna nella legge federale del 25 giugno 1891 (2) sui rapporti di diritto civile dei cittadini svizzeri stabiliti o in soggiorno in Svizzera. È bensì vero che, come sappiamo, molte legislazioni cantonali hanno sancito la regola nostra: ma questa come si applica quando la *lex loci contractus* non reca disposizioni sulla forma del negozio o spesso non ammette che, nè punto nè poco, possa essere per volontà delle parti modificato il regime legale?

Quanto ai conflitti intercantonali la citata legge del 25 giugno 1891, circa al regime matrimoniale all'art. 19 stabilisce: « Les rapports pécuniaires des époux entre eux sont soumis, pour toute la durée du mariage, à la législation du lieu du premier domicile conjugal, alors même que les époux auraient dans la suite transféré leur domicile dans leur canton d'origine. Dans le doute, on considère comme premier domicile conjugal celui du mari au moment où le mariage à été célébré ».

L'unica disposizione (art. 24) poi che parli della forma di alcuni atti, ma non delle convenzioni matrimoniali, reca: « Les dispositions

(1) L'art. 3 del Concordato reca: « Les contrats de mariage sont, en tant que l'époux domicilié y est autorisé en vertu des lois de son canton, pareillement soumis, *quant à leur contenu*, aux dispositions législatives et réglémentaires du lieu d'origine de l'époux », ma non parla della forma. Cfr. ROGUIN, *Conflit des lois suisses*, nº 144.

(2) *A. L. E.*, 1891, pag. 664, *Notice* di LAINÉ. Nel primo progetto di questa legge dovuto al Dubs e presentato all'Assemblea federale il 28 novembre 1862 dal Consiglio federale, la sostanza del contratto di matrimonio era sottoposta alla legge del domicilio e quanto alla forma era valido non solo se era stato fatto secondo la legge del domicilio, ma anche se soddisfaceva le condizioni di forma richieste dalla *lex loci contractus*. Da quel primo progetto in poi, nè i disegni di legge successivi, nè la legge del '91 riproducono quella disposizione. Cfr. DES GOUTTES, *Les rapports de dr. civil*, pag. 9 e 189.

de dernière volonté, les pactes successoraux et les donations à cause de mort sont valables quant à la forme, si celle-ci satisfait au droit du lieu où l'acte est passé ou à celui du canton du domicile lors de la passation de l'acte, ou au droit du dernier domicile ou à celui du canton d'origine du défunt ». Considerando che il regime matrimoniale è, in genere, quindi sottomesso alla legge del primo domicilio coniugale e che, per la forma degli altri negozi giuridici, non è esclusivamente competente la *lex loci actus*, ma anche quella di uno o di altro domicilio, si può forse inferire che, anche per la forma, il contratto di matrimonio è sottomesso alla legge del primo domicilio matrimoniale? Dei due giuristi di cui conosciamo gli studi intorno alla legge federale, il Wolf (1) non esamina la questione, ed il Des Gouttes (2) espone un'opinione che non crediamo possa essere seguìta dalla giurisprudenza svizzera, ma che merita tuttavia d'essere esposta: ricordato il citato art. 24, che cioè i patti successori sono validi per la forma « se questa soddisfa al diritto del luogo dove l'atto è stato fatto », il Des Gouttes esclude che si possa (considerando da una parte che certi cantoni permettono l'introduzione di clausole di diritto matrimoniale nei patti successori conclusi prima del matrimonio fra fidanzati (Basilea, Soletta), e d'altra parte che l'istituzione contrattuale, la quale può esser fatta in un contratto di matrimonio, è incontestabilmente un patto successorio), fondandosi sui punti di contatto fra queste due istituzioni, far rientrare i contratti di matrimonio che contenessero simili clausole nella disposizione dell'art. 24, e applicare quindi alla forma dell'intero contratto la regola *l. r. a.* « Non si può, continua il Des Gouttes, dal punto di vista della forma permessa trattare differentemente l'insieme delle disposizioni dei contratti di matrimonio, secondo che contengano o no delle clausole di natura ereditaria a lato delle convenzioni matrimoniali: ammettere indistintamente tutte le parti di questi contratti ibridi ed eccezionali al beneficio d'una regola di forma, che resterebbe inapplicabile ai contratti di matrimonio ordinari e propriamente detti, sarebbe un non senso: tanto più che

(1) Wolf, *Die civilrechtliche Stellung der Ausländer in der Schweiz, etc.* nella *Zeitschrift für schweizerischer R.*, nuova serie, vol. XIII, pag. 1 e pag. 319.

(2) Des Gouttes, *Les rapports de dr. civ. des Suisses établis ou en séjour en Suisse*, pag. 189. Vedi anche Lainé, *Étude sur la loi Suisse, etc.*, *B. S. L. C.*, 1894, pag. 128 e seg.

la forma dei contratti di matrimonio è intimamente legata alla sostanza », e che in molti cantoni la redazione d'un contratto è sottomessa a strettissime formalità, alla cui scrupolosa osservanza è subordinata la validità del contratto.

Tutto questo però non può impedire, secondo il Des Gouttes, di conformarsi alla volontà della legge per tutto ciò che, in un contratto di matrimonio sarà sicuramente di diritto successorio. In questi contratti a due facce si distingueranno dunque due parti: le clausole di natura ereditaria costituiranno un patto successorio sottomesso alle regole di forma dell'art. 24; le clausole concernenti le relazioni patrimoniali, considerate come un tutto a parte, formeranno un contratto di matrimonio propriamente detto: « or, comme la loi ne contient aucune règle de forme pour les conventions matrimoniales, il faudra décider que leur forme suivra le fond, et que tous deux seront soumis à la loi du premier domicile ». Riferiamo questa teoria, sebbene non chiara ci si presenti neppure così la soluzione (1).

Questo quanto ai conflitti intercantonali; quanto a quelli internazionali, dei quali il Des Gouttes non tratta, siccome nessuna convenzione conclusa dalla Svizzera con gli altri Stati, neppure quella con la Francia del 15 giugno 1869, si occupa nè del regime matrimoniale, nè della forma degli atti, i tribunali svizzeri, completamente liberi perciò dal punto di vista internazionale, dovrebbero applicare l'art. 32 della legge del 1891: « Les dispositions de la présente loi

(1) Soluzione che non è chiarita neppure dalle applicazioni che ne fa il Des Gouttes: ed invero a suo credere « un contratto di matrimonio fatto davanti a testimoni ma non per atto notarile nel cantone di Basilea città, fra fidanzati di cui il primo domicilio coniugale sarà fissato a Ginevra, sarà nullo come convenzione matrimoniale, ma sarà valido come patto successorio, almeno quanto alla forma: stessa soluzione per i fidanzati appartenenti a Soletta od a Basilea, che avessero fatto il loro contratto davanti a notaio, ma che stabilissero il loro domicilio a Zurigo od in Turgovia: siccome questi cantoni esigono che il contratto sia ratificato dall'autorità giudiziaria o da altra, le disposizioni di diritto matrimoniale del loro contratto saranno senza effetto, ma il patto successorio sarà valido ». Prescindendo anche dal notare che in questo secondo esempio il contratto non sarebbe valido non già per vizio di forma, ma per mancanza della ratifica, di una condizione cioè sostanziale, si può osservare al Des Gouttes ch'egli ci dice se e quando le convenzioni matrimoniali saranno nulle, ma non come si debba procedere per farle sicuramente valide: la sua teoria del resto non ha valore che come espressione della personale opinione sua.

sont applicables, par analogie, aux étrangers domiciliés en Suisse » e perciò applicare la legge del primo domicilio? Ma se gli stranieri, parti nel contratto di matrimonio, non sono domiciliati in Svizzera? Ci basti accennare a tali delicate questioni, cui non siamo in grado di dare esauriente risposta (1), in conseguenza dei gravi difetti ed errori che, a nostro avviso, contiene la legge svizzera e della mancanza finora di ogni giurisprudenza in proposito. Del resto, quando codesti conflitti con le leggi svizzere dovessero essere decisi dal giudice italiano, nessun dubbio ch'egli debba applicare l'art. 9 dove ciò sia possibile, e, dove non lo è, la legge italiana nelle sue disposizioni relative alla forma del contratto di matrimonio.

Il principio sancito dal legislatore nostro sulla forma degli atti, ebbe anche relativamente al contratto di matrimonio l'approvazione dell'Istituto di diritto internazionale, il quale nel Regolamento dei conflitti di leggi in materia di matrimonio stabilì: « Les contrats matrimoniaux relatifs aux biens des époux sont régis, quant à la forme, par la loi du lieu où des contrats ont été conclus. Doivent toutefois être également considérés comme valables partout les contrats matrimoniaux faits dans les formes éxigées par la loi nationale des deux parties » (2).

7. Le questioni che sorgono circa alla forma del riconoscimento di figlio naturale (3) sono in gran parte simili a quelle relative al contratto di matrimonio: anche per il riconoscimento si presenta la difficoltà dell'applicazione della regola agli atti solenni, richiedendo alcune legislazioni per tale negozio giuridico la forma autentica, altre no.

Ed invero il riconoscimento deve esser fatto o nell'atto di nascita o per atto autentico anteriore o posteriore alla nascita, secondo il Codice nostro (art. 181), il francese e belga (art. 334), il

(1) Non ci si faccia colpa di ciò: il prof. Roguin (cui sono gratissimo delle informazioni gentilmente favoritemi), il valentissimo autore del *Conflits des lois suisses*, mi scriveva in proposito: « nous vivons sous une législation nouvelle, bien défectueuse et au sujet de laquelle aucune jurisprudence n'a encore eu le temps de se former. Beaucoup de controverses sont possibles, car dans le domaine où la loi fédérale ne s'imposerait ni directement ni indirectement, les lois et juridictions cantonales demeurent libres de se donner carrière, de décider comme elles l'entendent ».

(2) Art. 13, *A. I. D. I.*, vol. X, pag. 75.

(3) Naturalmente per il nostro studio non interessa che il riconoscimento volontario e di questo solo intendiamo trattare.

neerlandese (art. 336), il portoghese (art. 123), lo spagnuolo (articolo 131) (1), che però richiede l'approvazione del giudice, sentito il pubblico ministero se il figlio è minore e se non è stato il riconoscimento fatto nell'atto di nascita o nel testamento (art. 133), la legge bulgara 17 dicembre 1889 (art. 3) (2), il Cod. rumeno (art. 304), in generale il diritto svizzero (3), il Cod. dell'Uruguay (art. 208), del Guatemala (art. 229), del Messico (art. 367), del Chilì (art. 272), della Columbia (art. 54 legge 24 agosto 1887), dell'Argentina (art. 332).

La forma solenne è quindi quasi un principio di diritto uniforme; vi fa eccezione però il diritto mussulmano (4). Inoltre è bene notare come il riconoscimento non sia ammesso nel Canadà, in Inghilterra (5), e sia proibito in Russia, ad eccezione delle provincie baltiche e della Polonia dove la legge 23 giugno 1825 riprodusse le disposizioni della legislazione francese (6).

Nelle questioni che sulla forma del riconoscimento di figlio naturale possono sorgere, la regola nostra trova incontrastato impero in quanto si tratti di decidere se l'atto sia solenne o no: anche coloro i quali credono essere la legge personale del genitore o del figlio competente a decidere se occorra o meno un atto solenne, sostengono dover riferirsi alla *lex loci* per sapere se l'atto ha le qualità di autentico (7); la regola *l. r. a.* si applica così, non al genere di forma, ma alla specie di solennità: è del resto la solita interpretazione data da alcuni alla massima per tutti gli atti solenni e che abbiamo riscontrata parlando del contratto di matrimonio.

---

(1) Secondo la legge *de Toro* abrogata col nuovo Codice del 1889 non era necessaria una forma solenne. Vedi Lehr, *Dr. civ. espagnol*, vol. I, n° 174.

(2) *B. S. L. C.*, 1893, pag. 539.

(3) Vedi Roguin, *op. cit.*, chap. III; Muheim, *op. cit.*, § 24; Des Gouttes, *op. cit.*, pag. 109 e seg. Notevole è il Regolamento del Consiglio di Stato per il Cantone di Friburgo del 31 luglio 1877, secondo il quale quando un padre straniero riconosce il figlio naturale nell'atto di nascita o nell'atto di matrimonio con la madre, l'ufficiale dello stato civile inscrive il riconoscimento in uno o nell'altro atto: ma se il riconoscimento ha luogo davanti a notaio od al presidente del tribunale non può essere inscritto nel registro che dietro autorizzazione del Consiglio di Stato. Vedi *A. L. E.*, 1877, pag. 577.

(4) *J. D. I. P.*, 1889, pag. 680. Basta una semplice dichiarazione, pare, anche verbale.

(5) Lehr, *Dr. civ. anglais*, n° 205 e seg.

(6) Lehr, *Dr. civ. russe*, vol. II, n[i] 62, 65, 68.

(7) Vedi aut. e giurispr. cit. sotto a nota seguente.

Ma la pur solita divergenza nella dottrina e nella giurisprudenza sorge relativamente all'applicabilità piena ed intera della regola nei casi nei quali la *lex loci*, contrariamente alla legge personale delle parti, per il riconoscimento non richiegga atto solenne: e mentre la maggioranza degli scrittori (1) sta in favore anche in tal caso, della regola, la maggioranza dei giudicati (2) è invece contraria. Non mancano tuttavia sentenze, anche italiane (3), che ammettono che il riconoscimento possa esser fatto all'estero anche per scrittura privata: notevole specialmente quella del tribunale di Marsiglia che dichiarò valido il riconoscimento fatto per atto privato secondo il diritto mussulmano in Turchia da un francese, la quale porta fra i motivi che « de l'application de la règle *l. r. a.* il résulte que, même pour un français, la reconnaissance d'un enfant naturel, faite à l'étranger selon la forme extrinsèque du lieu où elle a été reçue, est valable bien qu'elle l'ait été par acte sous seing privé, si la loi du pays où elle a eu lieu autorise cette forme ». Degna di nota poi è questa sentenza perchè indirettamente riconferma il principio già ammesso, come abbiamo veduto, per il matrimonio e per le convenzioni matrimoniali, ossia che la regola nostra ha vigore anche negli Scali di Levante.

Non ci sembra esser necessario ripetere qui tutti gli argomenti già esposti sopra a proposito del contratto di matrimonio per sostenere che, secondo noi, la regola deve anche per il riconoscimento

(1) Audinet, *op. cit.*, nº 577; Weiss, *op. cit.*, pag. 555; Surville-Arthuys, *op. cit.*, nº 310; Despagnet, *op. cit.*, nº 369; Febvre, *op. cit.*, pag. 169; Duhaut, *op. cit.*, pag. 343; Asser-Rivier, *op. cit.*, nº 58; Brocher, *Cours*, vol. I, nº 100; Rougelot de Lioncourt, pag. 237 e Louiche-Desfontaines, pag. 275, citati in Vincent-Pénaud, *Dictionnaire*, vº *Paternité*, nº 32; Jettel, *op. cit.*, § 17; Vesque von Puetlingen, *op. cit.*, § 71; Muheim, *op. cit.*, § 24. — *Contra:* Fiore, *op. cit.*, vol. I, nº 236. Vedi però 2ª ed., ni 139-140. Laurent, vol. V, nº 255 e seg.; Durand, *op. cit.*, nº 67; Duguit, *op. cit.*, pag. 95.

(2) Corte Parigi, 2 agosto 1876, *J. D. I. P.*, 1877, pag. 230; Trib. Senna, 14 marzo 1879, Ibid., 1879, pag. 280; Trib. Bordeaux, 26 febbraio 1886, Ibid., 1887, pag. 316; Trib. Senna, 20 giugno 1890, Ibid., 1890, pag. 931; Trib. cons. francese di Costantinopoli, 19 dicembre 1890, Ibid., 1891, pag. 598; Corte Besançon, 6 luglio 1892, Ibid., 1893, pag. 157; Trib. Senna, 19 luglio 1892, Ibid., 1892, pag. 1158; Pau, 17 gennaio 1872, *Sir.*, 72, 2, 233.

(3) Cass. Torino, 28 gennaio 1876, *Foro it.*, 76, 1, 606; Corte Casale, 30 ottobre 1876, Ibid., 77, 559; Cons. Stato, 20 maggio 1881, Ibid., 1882, 3, 64; Trib. Pau, 13 maggio 1888, *J. D. I. P.*, 1893, pag. 858; Trib. Marsiglia, 26 gennaio 1889, Ibid., 1889, pag. 675.

ottenere piena applicazione in tutti i casi, senza distinguere fra atto solenne e atto per scrittura privata: purchè però atto, dichiarazione formale vi sia; non è invocabile, p. es., la regola nostra per sapere se il possesso di stato possa esser ammesso come prova della figliazione naturale (1): la massima si applica alla forma degli atti, non ad altro: ed anche per ciò rimandiamo al punto in cui abbiamo trattato della validità in Italia dei matrimoni *solo consensu* conchiusi in America. Col seguire sempre la *lex loci* per la forma del riconoscimento si evitano anche le difficoltà che, accettando il sistema opposto, si presentano, di decidere cioè se debba esser preferita la legge personale del padre o quella del figlio.

Gli stessi casi nei quali la regola è facoltativa e le stesse eccezioni ad essa che i diritti positivi prevedono e stabiliscono e che abbiamo già esaminato circa alle convenzioni matrimoniali, si potrebbero ripetere circa al riconoscimento: è inutile riesaminarli essendone pure identiche le soluzioni: così dicasi anche della necessaria inapplicabilità della regola negli Stati che non ammettono il riconoscimento; fra le eccezioni però giova notare che essa non sarà se non relativamente applicabile quando abbisogni l'omologazione dei tribunali; così, siccome la legge spagnuola stabilisce che quando il riconoscimento non è fatto nell'atto di nascita o in un testamento, deve essere sanzionato dal giudice, inteso il pubblico ministero, ne verrà da ciò la conseguenza che l'atto autentico fatto dallo spagnuolo in Italia o l'atto per privata scrittura fatto in Turchia, non avranno efficacia se non dal momento in cui il magistrato spagnuolo l'abbia sanzionato; è quella una disposizione che non è soggetta alla regola nostra, perchè non riguarda la forma del riconoscimento, ma bensì la sostanza, facendo intervenire nel consenso il giudice della patria dello straniero.

Una distinzione fondamentale però ci sembra necessaria in tema di riconoscimento: la quale, sebbene da nessuno, per quanto sappiamo, sia stata fatta, a nostro avviso assolutamente s'impone. La maggioranza degli scrittori è favorevole, come abbiamo veduto, alla applicazione della regola nostra alla forma del riconoscimento: e sta bene; ma ci sembra che non basti fermarsi alla ricerca della forma che una legge straniera stabilisce per questo atto, ma sia necessario vedere se esiste identità essenziale fra il negozio giuridico

---

(1) Conforme Trib. Pau, 13 maggio 1888, *J. D. I. P.*, 1893, pag. 858.

chiamato dalla legge nazionale del padre col nome di riconoscimento e il negozio che, sebbene sia pure colla parola « riconoscimento » designato dalla legge straniera, può essere essenzialmente differente da quello nazionale: e sarà applicabile la forma straniera all'atto fatto all'estero solo quando questa identità effettivamente vi sia. Un esempio chiarirà il nostro pensiero: in Italia, come in tutti i paesi che seguirono il sistema del Codice Napoleone, il riconoscimento, che deve esser fatto nell'atto di nascita o per atto autentico, ha per effetto di porre il figlio riconosciuto in una posizione senza dubbio inferiore, ma sotto certi riguardi analoga a quella d'un figlio legittimo: è ammesso a portare il nome del genitore, ha dei diritti sulla successione, è sottoposto alla tutela legale dei genitori, è insomma sotto certi aspetti considerato come membro della famiglia; nei paesi germanici invece il riconoscimento volontario o forzato generalmente non produce altro effetto (1) che quello di obbligare il genitore a provvedere al mantenimento del figlio fino all'epoca in cui il figlio si reputa atto a soddisfare da sè ai propri bisogni, e conseguentemente alla minore somma di diritti e doveri che derivano da tale riconoscimento questo non è necessario che sia fatto per atto autentico (2): ora si può dire esistere fra il riconoscimento italiano ed il germanico quella identità ch'è presupposto necessario affinchè la forma del secondo possa essere sufficiente per un riconoscimento fatto da un italiano in Germania? Codesto così detto riconoscimento, come è regolato dalla legge germanica, non corrisponde forse più esattamente a quella esplicita dichiarazione di paternità per iscritto che a norma dell'art. 193 Codice civile nostro concede al figlio naturale, nei casi in cui il riconosci-

---

(1) Cfr. WINDSCHEID, *op. cit.*, § 475, 25, n° 1; LEHR, *Dr. civ. germanique*, vol. II, n° 1293 e seg. e Cod. sassone, art. 1808, Cod. austriaco, §§ 166, 167, Progetto di Cod. civ. germanico, § 1569 e leggi cit. in LEHR, Ibid., n° 1286.

(2) In Austria, ed in alcuni paesi della Germania la paternità si prova coi libri di battesimo e di nascita a norma del § 164 Cod. civ. gen. « L'iscrizione del nome del padre nei libri di battesimo o delle nascite, fatta eseguire dalla madre, fa piena prova nel solo caso che essa sia seguita giusta il prescritto della legge, con assenso del padre e questo assenso sia confermato dalla testimonianza del curato o del padrino ». La forma dunque corrisponde ad una delle due forme di riconoscimento richieste dalla legge italiana, art. 181. Ma mentre queste sono stabilite ad esclusione di altre, in Austria la paternità può esser provata anche mediante altre dichiarazioni del padre non fatte nell'atto di nascita; per es. per privata scrittura, per lettera, ecc. Vedi WINIWAERTER, *Dir. civ. univers. austr.*, vol. I, § 183.

mento è vietato (1), un'azione per ottenere gli alimenti? Ed invero i diritti che, secondo il Cod. nostro, la prole nata fuori di matrimonio può avere verso i genitori sono: 1° il diritto agli alimenti quando la paternità risulti da esplicita dichiarazione per iscritto; 2° i diritti importanti di figlio naturale, quando vi sia il riconoscimento; 3° i diritti di figlio legittimo, quando in uno od altro modo si sia fatto luogo alla legittimazione; secondo il diritto germanico invece tale prole avrà i diritti al mantenimento e in casi speciali qualche altro di non molta importanza, quando vi sia quella dichiarazione che colà si chiama pure riconoscimento (*Anerkennung*) o i diritti di figlio legittimo se si fece luogo alla legittimazione; mentre quindi in tre differenti condizioni può stare la prole nata fuori di matrimonio di fronte al genitore secondo il Cod. nostro, solo in due condizioni differenti può stare secondo il diritto germanico, e quello che si chiama riconoscimento in Germania ha maggiore essenziale identità con la inferiore fra le condizioni in cui si può trovare il figlio illegittimo in Italia che col nostro riconoscimento di figlio naturale (2). Ora se un italiano fa in Austria, in Sassonia, nel Brunswick una semplice dichiarazione di paternità per scrittura privata, si potrà sostenere che, per applicazione della regola *l. r. a.*, quello scritto, essendo la forma sufficiente in quei paesi per produrre quello che le leggi loro chiamano riconoscimento, sarà efficace a produrre in Italia gli effetti del riconoscimento secondo il Cod. nostro? Non lo crediamo: partendo dal concetto che del riconoscimento stabilisce il diritto nostro, si può sostenere che il riconoscimento vero e proprio in Germania non

---

(1) Non si dimentichi che la nostra giurisprudenza ha concordemente interpretato l'art. 193 nel senso che sia applicabile non solo al figlio naturale non riconoscibile, ma anche al figlio naturale riconoscibile. Vedi Cass. Torino, 25 dicembre 1871, *Giur. Torino*, 72, 51; Cass. Napoli, 2 dicembre 1876, *Annali*, 11, 1, 1 e 10 aprile 1877, *Foro It.*, 77, 1, 1111 e 10 luglio 1882, *Racc.*, 34, 1, 711; App. Milano, 22 dicembre 1879, *Racc.*, 32, 2, 125; App. Torino, 19 dicembre 1880, *Racc.*, 33, 2, 189; Cass. Palermo, 22 ottobre 1882, *Foro It.*, 83, 1, 309; App. Milano, 20 febbraio 1884, *Repert. Foro*, 1884, v° *Filiazione*, 50, 53; Cass. Napoli, 1° aprile 1887, *Foro It.*, 87, 1, 418; Trib. Bari, 17 e 21 febbraio 1890, *Riv. Giurispr. Trani*, 1890, 230 e *Legge*, 91, 1, 599; Trib. Bologna, 12 marzo 1892, *Riv. Giurid. Bologna*, 1892, 77; App. Milano, 26 aprile 1892, *Annali*, 92, 231; App. Torino, 23 maggio 1892, *Annali*, 93, 5. Vedi anche PESCATORE, *Filosofia e dottrine giurid.*, vol. I, pag. 187; PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, vol. I, n° 199. *Contra:* Trib. Livorno, 26 marzo 1890, *Foro It.*, 90, 1, 628.

(2) Cfr. *Motive zu dem Entw. eines bürg. G. B.*, vol. IV, § 1568, pag. 852.

esiste: che ci troviamo in uno di quei casi nei quali lo straniero, per fare validamente il suo negozio giuridico, deve farlo secondo la forma personale, essendo quel negozio sconosciuto nel luogo dove l'agente si trova; che infine la dichiarazione di paternità fatta per scrittura privata in Austria potrà tutt'al più ammettere in Italia il figlio a domandar gli alimenti. L'identità del nome non deve farci presumere l'identità della cosa e condurci ad ammettere valido un riconoscimento fatto all'estero con le forme di un atto, che realmente riconoscimento non è.

La differenza essenziale poi fra il riconoscimento del Cod. italiano e quello delle leggi germaniche e l'identità invece fra questo e quella specie di riconoscimento ammesso dall'art. 193 Codice nostro, più chiara ancora apparisce quando si pensi che il riconoscimento nostro (art. 179-188) è sempre un negozio giuridico, ossia una dichiarazione di volontà intesa a produrre effetti giuridici, mentre quello germanico e quello previsto dall'art. 193 Cod. civ. it. può non essere (e nella maggior parte dei casi non è) un negozio giuridico, perchè può derivare da una dichiarazione non congiunta con l'intenzione di produrre effetti giuridici (p. es. una semplice lettera, nella quale esplicitamente ma incidentalmente e con la manifesta non intenzione di produrre effetti giuridici il padre dichiari la paternità).

Solo relativamente a questo atto ci sembra necessaria questa indagine sulla sostanza e gli effetti suoi, non per gli altri: ed invero quegli atti che la legge italiana chiama matrimonio, compra-vendita, convenzione matrimoniale, testamento, ecc., sebbene siano per la forma e per gli effetti regolati differentemente che presso di noi dalle leggi straniere, sono pur sempre per queste e secondo queste gli stessi atti e non altri; non così per il riconoscimento, parola la quale in alcuni Stati esteri indica cosa giuridicamente affatto differente che in Italia.

8. Della legittimazione due sono le forme ammesse nelle leggi degli Stati civili: quella *per rescriptum principis* e quella per *subsequens matrimonium*, ma siccome nel regolare questa seconda non poche sono le differenze fra l'uno e l'altro Codice, nè di lieve momento i conflitti che ne derivano, è bene, seguendo il solito metodo, esaminare rapidamente le varie legislazioni.

La legittimazione *per rescriptum principis* (e con tali parole intendiamo anche quella concessa da uno od altro potere dello Stato, anche se in esso Stato non ci sia, o l'autorità di legittimare non abbia,

il principe) è ammessa in Italia (art. 194), in Spagna (art. 120), nei Paesi Bassi (art. 329), in Austria (art. 162), in Prussia (Landrecht, II, 2, §§ 603 e 606), in Sassonia (art. 1783-84), nella maggior parte dei paesi germanici soggetti al diritto comune, nella Prussia renana (1), nel Würtemberg (2), in alcuni Cantoni svizzeri (Argovia, Zurigo (3), Turgovia, S. Gallo (4), Friburgo e Vaud), in Russia, sebbene un *ukase* del 29 luglio 1829 abbia prescritto alla Commissione delle petizioni di non accettarne alcuna tendente ad ottenere la legittimazione (5), e in Inghilterra, per mezzo di un *act* del Parlamento, e in alcuni casi anche per sentenza; quando cioè sia o possa essere contestata la validità di un matrimonio fra sudditi inglesi e domiciliati in Inghilterra od in Irlanda, antecedente alla nascita dei figli, questi od i genitori possono domandare alla *Court for divorce, and matrimonial causes* un decreto dichiarante la legittimità della prole; decreto che la Corte può o meno emanare, giudicando a suo arbitrio della opportunità e giustizia della concessione (*as to the Court may seem just*) (6); finalmente anche in Bulgaria possono per sentenza essere i figli legittimati (7).

Il susseguente matrimonio produce la legittimazione dei figli che sono stati riconosciuti da ambedue i genitori nell'atto di matrimonio o anteriormente o posteriormente secondo il Cod. civ. nostro (articolo 194, 197), lo spagnuolo (art. 120, 121), il portoghese (art. 119) (8),

---

(1) Nei paesi germanici in cui vige il Cod. civ. francese e nel Baden la legittimazione *per rescriptum principis* non è ammessa. Tuttavia è stata introdotta nella Prussia renana con ordinanza 6 novembre 1827, *A. L. E.*, 1875, pag. 226, nota 3.

(2) Schwab, *Legitimat. ausl. unel. Kinder in Würtemberg*, *Z. I. P. R.*, 1894, pag. 130.

(3) Art. 709 del Codice. Legittimazione per sentenza.

(4) Art. 1 della legge 23 novembre 1878. Legittimazione per decreto del Gran Consiglio, *A. L. E.*, 1878, pag. 593 e art. 40-44 della legge sulle tutele 1° luglio 1888, riproducente la disposizione della legge anteriore, *A. L. E.*, 1888, pag. 714.

(5) Lehr, *Dr. civ. russe*, vol. I, n° 61; *A. L. E.*, 1891, pag. 824. In pratica questo *ukase* non è stato rigorosamente applicato.

(6) *Legitimacy Declaration Act*, 21 e 22, Vict. c. 93 in Garnier, *op. cit.* pag. 29.

(7) Art. 15 della cit. legge 17 dicembre 1889.

(8) Vedi anche decreto 28 novembre 1878 sui registri dello stato civile, art. 38, 48, 49, *A. L. E.*, 1878, pag. 428.

la legge bulgara (art. 18), i Cod. del Guatemala (art. 258, 260) e del Messico (art. 353-356).

Invece godono i diritti di figli legittimi quelli che sono stati riconosciuti nell'atto di matrimonio o anteriormente, ma non è ammesso il riconoscimento posteriore secondo i Cod. civ. e le leggi della Francia e Belgio (art. 331), dei Paesi Bassi (art. 327), della Prussia (Landrecht, II, 2, § 596), della Sassonia (art. 1780), del Baden (Landrecht, art. 331), dell'Austria (art. 161), dei paesi germanici retti a diritto comune, della Polonia russa (1), e della Danimarca (2), della Luigiana (art. 217), della Virginia (3), e della Columbia (4).

Una via media tengono altre legislazioni le quali lasciano dopo il matrimonio, un termine o di trenta giorni come la legge federale svizzera del 1874 (art. 41) (5), i Cod. civ. dell'Uruguay (art. 203, 204), e del Chilì (art. 206, 207), o di due mesi come il Cod. argentino (articoli 311, 317), durante il quale, ma non dopo, i genitori, riconoscendo i figli, attribuiscono a questi i diritti di legittimi.

Un'altra notevole differenza fra le varie legislazioni sta nel fatto che mentre quasi tutti i Codici testè esaminati dichiarano il matrimonio produrre *ipso jure* la legittimazione dei figli naturali, purchè però questi siano prima o poi riconosciuti, il Cod. del Canadà (art. 237) e i citati art. dei Cod. prussiano, sassone ed austriaco, il Landrecht bavarese (I, 5, § 8, 2°), la legge delle provincie baltiche russe (6), la legge svedese (7), la legge brasiliana (8) e la legge della California (9), fanno derivare la legittimazione dal semplice fatto del susseguente matrimonio, indipendentemente dalle dichiarazioni dei genitori e dal loro riconoscimento: e così pure è secondo la legge dell'Illinois del

---

(1) Art. 291 della legge cit. del 1825.

(2) Cod. danese, art. 5, 2, 32, *J. D. I. P.*, 1887, pag. 227.

(3) Lawrence, *op. cit.*, vol. III, pag. 165.

(4) Art. 236, 239 del Cod. civ. e art. 52 della legge 24 agosto 1887.

(5) Roguin, *op. cit.*, pag. 131.

(6) Legge organica della Chiesa evangelica luterana pel 1832, § 90. Vedi Lehr, *Dr. civ. russe*, n° 60.

(7) Legge organica della Chiesa di Svezia del 3 settembre 1686, cap. xv. Cfr. Lehr, *loc. cit.*

(8) Decreto 24 gennaio 1890 sul matrimonio civile (*A. L. E.*, 1890, pag. 928) Questo decreto ammette la legittimazione *per subsequens* senza la condizione del riconoscimento. Il progetto di questa legge del 1884 recava invece disposizione uguale a quella del nostro Codice. Vedi *A. L. E.*, 1884, pag. 881.

(9) *J. D. I. P.*, 1877, pag. 229.

1872 (1) e quella polacca del 1825 (art. 291), la quale stabilisce che anche mancando il riconoscimento anteriore o contemporaneo al matrimonio questo produce la legittimazione, « se i figli sono lasciati nel permanente possesso di stato di figlio legittimo » (2): anche per il diritto scozzese la legittimazione *per subsequens matrimonium* è ammessa come un beneficio della legge ed una conseguenza dei fatti e delle circostanze, indipendentemente dall'intenzione e dal riconoscimento dei genitori e senza che vi faccia ostacolo l'esistenza di un altro matrimonio intermedio (3). Invece in Russia dove una recente legge (4) ha introdotto la legittimazione *per subsequens*, il matrimonio dei genitori è necessario ma non sufficiente a produrla: occorre, dopo di esso, la presentazione al tribunale di una domanda accompagnata da una dichiarazione per iscritto dei genitori, portante che il figlio è nato da loro, dall'atto di nascita e dal certificato di matrimonio: il tribunale, esaminato il caso, emana un giudicato che stabilisce la legittimazione del figlio.

Sappiamo poi che la legittimazione per susseguente matrimonio è ammessa (5), fra i possedimenti europei appartenenti all'Inghilterra, nell'isola di Man ed in quelle di Guernsey e di Jersey e in quelli fuori d'Europa, nei seguenti territori già appartenenti alla Spagna, alla Francia od all'Olanda: cioè la provincia di Quebec, S. Lucia, Trinitad, la Gujana, il Capo di Buona Speranza, Ceylan e Maurizio. Nell'America settentrionale oltre che negli Stati già citati sopra (6), nel Vermont, nel Maryland, nella Georgia, nell'Alabama, nel Mississipì, nel Kentucky, nel Missurì, nell'Indiana, nell'Ohio, e nel Massachussetts (7).

---

(1) Atto 3 aprile 1872 sui figli naturali, art. 15, *A. L. E.*, 1872, pag. 77.

(2) LEHR, *Dr. civ. russe*, n° 61.

(3) GUTHRIE, *A treatise*, pag. 302, nota *b*; CATELLANI, *op. cit.*, cap. V, n° 578; LAWRENCE, *op. cit.*, vol. III, pag. 159.

(4) Legge 12 marzo 1891, art. sostituito ai 132 e 133 delle leggi civili e art. 1460^{1}-1460^{7} del Cod. di proc. civ., *A. L. E.*, 1891, pag. 826 e seg. LEHR, *Legitimation u. Adopt. nach dem neuen russ. Ges.*, *Z. I. P. R.*, vol. IV, pag. 126.

(5) Non avendo potuto prendere conoscenza *de visu* di queste leggi non possiamo riferire le speciali disposizioni relative al tempo in cui è permesso fare il riconoscimento e alla necessità o meno di un riconoscimento preventivo, contemporaneo o posteriore al matrimonio.

(6) Cioè Luisiana, Virginia e Illinois.

(7) Cfr. SCHAEFFNER, *Entwicklung*, § 37; LAWRENCE, *op. cit.*, pag. 165; CATELLANI, *op. cit.*, loc. cit.; *A. L. E.*, 1872, pag. 79, nota 2.

Finalmente la legittimazione per susseguente matrimonio non è ammessa in Inghilterra, in Irlanda (1), nei possedimenti inglesi delle Indie occidentali e in tutti gli Stati dell'America settentrionale non nominati sopra.

L'unica legislazione poi, per quanto sappiamo, che stabilisce norme specifiche di diritto internazionale privato relative alla legittimazione è quella dell'Argentina: il Cod. civ. di quello Stato dichiara di non ammettere altro modo di legittimazione che quello per susseguente matrimonio per i figli che abbiano il loro domicilio d'origine nella repubblica (art. 313); che per i figli i quali abbiano il loro domicilio d'origine fuori della repubblica si ammettono i modi di legittimazione stabiliti dalla legge del paese di questo domicilio (art. 314); che le disposizioni del Codice relative alla legittimazione per susseguente matrimonio saranno solo applicabili ai figli di cui i genitori hanno, od hanno avuto il loro domicilio nella repubblica al tempo della celebrazione del matrimonio (art. 315), e finalmente che quanto ai figli di cui i genitori abbiano od abbiano avuto il loro domicilio fuori della repubblica al tempo della celebrazione del matrimonio sebbene altro fosse il loro domicilio al tempo del concepimento o della nascita e sebbene il matrimonio fosse celebrato nella repubblica, il matrimonio susseguente non legittimerà i figli se le leggi del paese del domicilio del padre al tempo della celebrazione del matrimonio non ammettono questo modo di legittimazione e, se lo ammettessero, la legittimazione sarà giudicata solo secondo queste leggi (art. 315) (2).

Esaminate così le differenze fra Codice e Codice vediamo le questioni che si presentano circa alla forma della legittimazione. In quanto a quella per rescritto del principe, le difficoltà sono poche: non si può parlare dell'applicazione della regola nostra nel senso che l'atto di legittimazione possa rivestire le forme di una legge straniera: naturalmente il decreto del re in Italia, come l'*act* del Parlamento in Inghilterra, come la sentenza bulgara, come il decreto d'uno o d'altro potere dei cantoni svizzeri sarà emanato nelle forme dei rispettivi

(1) Tranne naturalmente la eccezione sopra avvertita; anche nel qual caso poi la legittimazione avviene per decreto, non pel solo fatto del matrimonio e del riconoscimento. Vedi Lehr, *Dr. civ. anglais*, n° 187.

(2) Daireaux, *De la cond. lég. des étrangers dans la Rép. Argentine*, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 297.

paesi: e sarebbe assurdo immaginare il contrario. Solo si fece questione relativamente all'efficacia estraterritoriale del decreto del principe od alla sua efficacia territoriale rispetto agli stranieri. Circa alla prima ci sembra evidente che un italiano, anche se domiciliato o residente in Francia, potrà benissimo essere legittimato per decreto reale italiano e che i diritti di figlio legittimo così ottenuti gli dovranno essere riconosciuti in Francia ed in qualsiasi altro Stato: nè vale l'opporre che il decreto essendo un atto del potere esecutivo non può avere effetto estraterritoriale, chè a tale obbiezione si può rispondere osservando col Catellani e col Duguit che il principe legittima il figlio naturale non già per semplice virtù del proprio arbitrio, ma perchè la legge del paese di cui è capo stabilisce quel modo e gli conferisce quella autorità di legittimare e che riconoscendo quindi in Francia la legittimazione di uno straniero risultante da un rescritto del suo principe, non si fa altro che applicare la legge straniera (1): ma indipendentemente poi da questo argomento, che non completamente soddisfa neppur noi, ci sembra che molto semplicemente l'italiano, lo spagnuolo, il russo domiciliato in Francia e legittimato per decreto del re d'Italia, del re di Spagna o dello czar dovrà godere anche in Francia i diritti di figlio legittimo per la sola ma validissima ragione che il suo stato è giudicato secondo la legge nazionale; e quando questa gli attribuisce lo stato di figlio legittimo, non può, nè deve il giudice francese indagare se questo stato gli deriva dal fatto d'esser nato in costanza di matrimonio, da matrimonio susseguente, da rescritto del principe o da qualsiasi altra concessione di uno o d'altro potere pubblico del suo paese. Nè questo poi è il solo caso in cui un decreto reale ha efficacia estraterritoriale: nessuno p. es. può dubitare che il decreto regio che, secondo l'articolo 68 Cod. civ. nostro, venisse concesso per ammettere al matrimonio un italiano d'età appena superiore ai quattordici anni, non potesse avere efficacia estraterritoriale in uno Stato che applicasse senza restrizioni agli stranieri, per giudicare della loro capacità al matrimonio, il principio del nostro art. 6.

(1) Vedi circa all'efficacia estraterritoriale della legittimazione per rescritto l'interessante caso di un decreto della Civilkammer der Landgerichte del Würtemberg legittimante un figlio avuto da un suddito würtemberghese a Bangkok con una siamese in SCHWAB, *Legitim. ausländ. unehel. Kinder in Würtemberg*, *Z. I. P. R.*, vol. IV, pag. 130.

La seconda questione era se il rescritto avesse efficacia territoriale rispetto agli stranieri, ossia se il figlio suddito di uno Stato che ammette la legittimazione per rescritto, possa esser legittimato per un atto dell'autorità del paese in cui si trova, di cui non è cittadino ma le cui leggi ammettono la legittimazione per rescritto. In principio, dice il Duguit (1), l'unico, per quanto ci è dato sapere, che si occupi della questione, rispondiamo affermativamente: così uno spagnuolo potrebbe esser legittimato in Italia per un decreto del re d'Italia. La decisione del principe è, secondo le leggi dei due Stati interessati, l'atto col quale si realizza la legittimazione. « Or, il est de principe que, les conditions d'un rapport de droit étant réunies, l'acte destiné à réaliser ce rapport de droit est valable s'il est dressé par l'autorité compétente, d'apres la loi du lieu où se trouvent les parties ». La soluzione deve essere la stessa che nel caso in cui la legittimazione fosse fatta per atto pubblico ordinario. È certo che l'atto produrrebbe effetto se fatto dall'autorità che nel paese è competente per redigere gli atti pubblici, sebbene le parti non fossero nazionali di questo paese. « C'est l'application normale de la règle *l. r. a.* ». Bisogna tuttavia, continua il Duguit, limitare questa soluzione: se il legislatore d'uno Stato considera la legittimazione per rescritto del principe come un favore che il governo nazionale accorda ai suoi sudditi per motivi gravi, di cui solo esso può apprezzarne il valore, non si può riconoscere la legittimazione accordata da una autorità straniera (2). Dunque in altre parole, se in un paese la

(1) Duguit, *op. cit.*, pag. 98 e *Du conflit des lois en matière de filiation*, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 525. Vedi anche Despagnet, *op. cit.*, n° 379; Audinet, *op. cit.*, n° 573; Catellani, *op. cit.*, cap. v, n° 582; Fiore, *op. cit.*, vol. II, n° 756; Vesque von Puetlingen, *op. cit.*, § 71; v. Bar, *op. cit.*, n° 198; Corte Parigi, 13 aprile 1893, *J. D. I. P.*, 1893, pag. 557 e aut. ivi cit.

(2) Il Duguit continua ancora: « Nous avons spécialement en vue les législations hollandaise et russe qui semblent considérer la légitimation comme une faveur, dont elles confient au gouvernement le soin d'apprécier les motifs. Au contraire le législateur italien voit dans la légitimation par rescrit un droit appartenant à tout sujet italien, quand certaines conditions sont remplies. Dans ces conditions, le gouvernement italien ne pourrait point accorder la légitimation à un sujet russe ou hollandais, et la légitimation accordée serait sans valeur ». Evidentemente il Duguit scriveva queste parole senza aver preso conoscenza degli art. 194-201 del nostro Codice. Basta leggerli per vedere che la legittimazione per decreto reale è semplicemente una concessione graziosa: come del resto secondo tutte le altre legislazioni che la stabiliscono: e in genere sarebbe assurdo anche il supporre il contrario.

legittimazione per decreto è un atto, che, date certe condizioni, il principe è obbligato a concedere, lo straniero potrà esser legittimato, e non potrà invece esserlo, se la legittimazione per decreto è una concessione graziosa.

Non ci sembra che la questione sia dal Duguit nè giuridicamente bene posta, nè bene risoluta. Escludiamo prima di tutto che vi siano delle legislazioni che calcolano il decreto di legittimazione come un atto che il principe, il potere legislativo od il giudiziario sia *obbligato* a concedere, date certe condizioni: in *tutti* gli Stati che ammettono questa specie di legittimazione, il decreto *può sempre esser rifiutato*, e ciò bene sta; chè con la legittimazione per decreto il legislatore di qualunque paese ha stabilito che la volontà del principe si sostituisca o integri quella dei genitori, che per esser morti o per altra ragione non fossero più in grado di concedere i diritti di legittimi ai loro figli naturali; se fosse come crede il Duguit, la legittimazione per decreto altro non sarebbe che un inutile e complicato procedimento per ottener un fine molto più facilmente raggiungibile col concedere ai genitori di legittimare i figli per testamento, per atto notarile o in altro modo.

Ma anche prescindendo da ciò, la soluzione del Duguit non è giusta: a nostro avviso un italiano non può *mai* esser legittimato per decreto del re di Spagna o dello czar della Russia o viceversa, nè per legge inglese, nè per sentenza zurighese, per la molto semplice ragione che la legge o il Cod. italiano, spagnuolo, russo, inglese e zurighese, affinchè la legittimazione per decreto sia efficace pei loro nazionali, richiedono la manifestazione della volontà di quel determinato principe o potere pubblico dello Stato e non d'altri, attribuiscono esclusivamente e rispettivamente al principe od al potere dello Stato, in cui esso Codice o legge ha vigore, il diritto, la competenza di giudicare della convenienza della legittimazione e di concederla o negarla: per legittimare il suddito italiano è necessario il consenso del re d'Italia, per lo spagnuolo quello del re di Spagna, per il zurighese quello del potere giudiziario del Cantone suo, ecc., e al consenso necessario d'una persona o d'un potere, non si può sostituire quello d'un altro. E non ci dica il Duguit che « la soluzione da darsi è la stessa come se la legittimazione fosse fatta per atto pubblico », e che per essa sia applicabile la regola *l. r. a.*: poichè nell'atto pubblico il notaio o qualsisia altro ufficiale *non interviene nel consenso;* nella legittimazione il principe, o il giudice o il Parla-

mento è parte dell'atto e *direttamente nel consenso interviene*, nè questa poi in modo alcuno è una questione relativa alla forma degli atti per la quale possa esser invocata la regola nostra. Per ciò appunto ci si potrebbe giustamente osservare che tale questione (come anche l'altra immediatamente prima trattata), non rientra nel nostro tema e che non dovevamo quindi occuparcene: ma lo abbiamo appunto fatto per dissipare l'avvertito errore in cui, tanto per l'una, come per l'altra questione alcuni cadono, di crederle risolvibili con l'applicazione della regola *l. r. a.*

E veniamo ai conflitti risultanti dalla legittimazione *per subsequens matrimonium* fra i quali ne troviamo subito uno, alla cui soluzione, erroneamente, si vuole applicare la regola nostra. Come abbiamo avuto occasione di notare, alcune legislazioni permettono che la legittimazione si operi mediante riconoscimento posteriore al matrimonio, altre prescrivon che l'ultimo termine per fare il riconoscimento necessario a produrre la legittimazione sia il momento della celebrazione del matrimonio, o un'epoca di poco posteriore; avranno queste disposizioni efficacia estraterritoriale e in quali casi?

Ciò che si disse per il tempo in cui può esser per contratto determinato il regime patrimoniale degli sposi si ripete per il caso ora in questione; alcuni sostengono che la necessità di un riconoscimento anteriore o contemporaneo al matrimonio è una circostanza di forma e che perciò dovrà essere applicata la *lex loci celebrationis* (1). Perciò per applicazione della regola *l. r. a.* è stato deciso che un francese aveva potuto legittimare i figli mediante riconoscimento posteriore al matrimonio in un paese che non stabiliva il vincolo di tempo come l'art. 331 del Cod. fr. (2). Seguendo questa dottrina due italiani non potrebbero legittimare con riconoscimento posteriore al matrimonio in Francia e due francesi lo potrebbero in Italia, e ciò per applicazione della regola nostra. Altri arrivano a differenti conclusioni partendo da premesse egualmente inesatte: secondo essi la regola *l. r. a.* non riguarda che la forma istrumentale degli atti, e non la forma dei negozi giuridici; questa, dicono, è fissata invece dalla legge personale: perciò questa condizione relativa al tempo è bensì una condizione di forma, ma di quelle che non avendo riguardo alla forma dell'istrumento, devono rimanere soggette alla legge

---

(1) CATELLANI, *op. cit.*, cap. V, n° 581; DESPAGNET, *op. cit.*, n° 378.
(2) Corte Besançon, 25 luglio 1876, *J. D. I. P.*, 1877, pag. 238.

personale e non alla *lex loci actus* (1). Respingiamo in modo assoluto così l'una, come l'altra teoria: quella condizione non può essere soggetta alla regola nostra semplicemente perchè non è una condizione di forma, ma di sostanza e più specialmente relativa alla capacità richiesta per compiere quel negozio giuridico. Quando il Codice francese e gli altri simili stabiliscono l'obbligo di riconoscere il figlio naturale o prima del matrimonio o insieme alla celebrazione di questo, pongono una restrizione alla capacità dei francesi, che li segue dovunque. L'identità del caso con quello relativo al tempo utile per concludere o modificare le convenzioni matrimoniali, ci dispensa dal ripetere qui le argomentazioni già fatte rispetto a quelle, per dimostrare che non si può in tali casi parlare di forma (2).

E neppure crediamo che sia giuridicamente esatto risolvere con l'applicazione della regola nostra un altro caso, del quale invano abbiamo cercato autori che si occupino e manco lo prevedano; secondo alcune leggi la legittimazione si opera *ipso jure ipsoque facto* con la celebrazione del matrimonio fra i genitori, indipendentemente da riconoscimento o da altra manifestazione di volontà intesa a produrre la legittimazione; secondo altri, e sono i più, il matrimonio è necessario, ma non sufficiente, a concedere alla prole nata prima i diritti di figli legittimi: occorre anche il riconoscimento. Due canadensi ad es. che sposino validamente in Italia dovranno riconoscere il loro figlio come stabilisce il Codice nostro o si dovrà ritenerlo legittimato col semplice fatto del matrimonio? E viceversa, il matrimonio celebrato da due italiani nel dominio del Canadà legittimerà senza altro i loro figli? A noi sembra che non si possa neppure in tali ipotesi invocare la regola nostra: quei Codici che non richiedono il riconoscimento, non fanno altro che attribuire al matrimonio la conseguenza necessaria di produrre la legittimazione dei figli precreati: l'unione coniugale ha dunque l'effetto non solo di creare fra gli sposi il vincolo coniugale, ma anche di attribuire ai figli i diritti di legittimi; invece il Codice nostro e gli altri analoghi, non ammettono

(1) LAURENT, *op. cit.*, vol. V, n° 257; DUGUIT, *op. cit.*, pag. 97 e *Du conflit des lois en matière de filiation*, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 519.

(2) Vedi sopra, pag. 302; BEAUCHET, *De la légitim. en dr. int. privé*, *J. D. I. P.*, 1888, pag. 596 e seg.; WEISS, *op. cit.*, pag. 560; DUHAUT, *op. cit.*, pag. 276; FIORE, *op. cit.*, vol. II, n° 752; LAURENT, *op. cit.*, vol. V, n° 257; DUGUIT, *op. cit.*, pag. 97; Corte Parigi, 2 agosto 1876, *Sir.*, 79, 2, 250; Trib. Bordeaux, 10 maggio 1876 e Corte Bordeaux, 27 agosto 1877, *Sir.*, 79, 2, 105.

fra gli effetti del semplice matrimonio la legittimazione: non è quindi manco questa una questione relativa alla forma, ma agli effetti del matrimonio, ai rapporti di famiglia e quindi regolata dalla legge nazionale del padre. Così se un giudice italiano dovesse decidere della legittimità di un figlio avuto prima del matrimonio da due canadensi sposati in Italia senza riconoscerlo, dovrebbe attribuire al figlio tutti i diritti del legittimo nella misura stabilita dalla legge canadense e viceversa non dovrebbe, nè potrebbe attribuire ad un figlio, i cui genitori italiani avessero dopo la sua nascita sposato al Canadà senza fare l'atto di riconoscimento, i diritti di figlio legittimo.

Potrebbe darsi che i giudici del Canadà e degli altri Stati che fanno risultare la legittimazione dal semplice fatto del matrimonio, attribuissero tale effetto anche ai matrimoni da stranieri conchiusi in quei paesi, interpretando quelle disposizioni come connesse con l'ordine pubblico e il buon costume: sarebbe questa una interpretazione assai discutibile; ma non ce ne possiamo occupare perchè eccede il nostro tema: quello che c'interessa e che abbiamo voluto porre in sodo si è che manco in questo caso si può parlare di formà degli atti ed invocare la regola nostra (1).

Quanto poi ai conflitti relativi realmente alla forma della legittimazione trova applicazione piena ed intera quanto abbiamo detto relativamente al matrimonio ed al riconoscimento: la validità formale della legittimazione dipende dalla validità dell'uno o dell'uno e dell'altro (2); il primo dovrà farsi sempre secondo la forma locale,

---

(1) La Corte di Besançon (25 luglio 1876, *J. D. I. P.*, 1877, pag. 228) credette che il matrimonio di un francese in California senza riconoscimento dovesse produrre la legittimazione per applicazione della regola *l. r. a.*, perchè « la disposition de l'art. 331 Cod. civ. se rattache à la forme de l'acte, et non au fond même du droit ni à la capacité des parties ». *Contra:* Trib. Senna, 21 agosto 1876 e Corte Parigi, 2 agosto 1876, *J. D. I. P.*, 1877, pag. 230, richiesero in casi identici il riconoscimento per produrre la legittimazione: dispositivo giusto, ma derivato da motivi errati perchè argomentato dal principio che « la reconnaissance ou la légitimation par un français, d'enfants naturels nés à l'étranger, doit être faite suivant les formes du Code civ. ». Ora qui la forma non c'entra per niente: il principio invocato sarà applicabile per giudicare della validità formale dell'atto di riconoscimento, ma non della necessità o meno di farlo.

(2) Catellani, *op. cit.*, cap. v, n° 581; Duhaut, *op. cit.*, pag. 275; Despagnet, *op. cit.*, n° 378; Picard, *Val. et effet, etc.*, n° 76, *J. D. I. P.*, 1881, pag. 445; Muheim, *op. cit.*, § 24, pag. 237; v. Bar, *op. cit.*, vol. I, n° 192; Trib. Lesparre,

il secondo, viste le eccezioni al principio *l. r. a.* stabilite, in favore della legge personale delle parti o di altra, dal diritto positivo, potrà come abbiamo detto farsi o secondo la forma locale, o secondo la forma personale comune alle parti.

Naturalmente poi se la legittimazione risulta non dai soli matrimonio e riconoscimento ma, insieme a questi, anche da una sentenza com'è secondo la legge russa, tale giudicato dell'autorità giudiziaria russa sarà necessario sempre a produrre la legittimazione, dovunque i genitori russi sposino.

Quanto poi alla legittimazione fatta per matrimonio susseguente avvenuto in uno di quei paesi che non la ammettono, come l'Inghilterra, dove ancora ha vigore lo statuto del Parlamento di Merton del 1236: « He is bastard that is born before the marriage of his parents », le molte questioni che si presentano non riguardano affatto la forma: si potrà discutere se un matrimonio ed un riconoscimento avvenuto fra genitori italiani in Inghilterra, o fra genitori inglesi in Italia produca in uno o nell'altro paese o in ambedue la legittimazione della prole prenata (1); ma nella decisione di questo caso la regola nostra non è applicabile: ammesso che l'effetto della legittimazione risulti da un matrimonio di italiani in Inghilterra, la validità formale sua si dovrà giudicare per il matrimonio secondo la legge inglese, per il riconoscimento secondo la legge italiana, trovandoci in uno di quei casi nei quali non essendo ammesso il riconoscimento dalla legge del luogo e mancando quindi ogni disposizione legislativa relativa alla forma, si dovrà riferirsi alla forma nazionale: potranno però benissimo gli italiani dare validamente autenticità all'atto di riconoscimento secondo le prescrizioni della legge inglese.

Un'ultima osservazione ci resta a fare circa a quegli speciali conflitti che sono prodotti dalle succitate disposizioni del Cod. argent. (2);

---

18 maggio 1876 e C. Bordeaux, 27 agosto 1877, *J. D. I. P.*, 1878, pag. 39; Trib. Senna, 14 marzo 1879, *Ibid.*, 1879, pag. 280; Corte di cancelleria di Nuova Jersey, 22 giugno 1889, *Ibid.*, 1891, pag. 611; Giurispr. svizzera, *Ibid.*, 1892, pag. 1100 e 1003.

(1) Alexander, *De l'éxécut. des jug. étrangers en Angleterre, J. D. I. P.*, 1879, pag. 524 e *De la filiat. légit. en dr. int. pr. dev. les trib. angl.*, *Ibid.*, 1881, pag. 485; Stocquardt, *De la légit. des enf. natur., etc.*, *Ibid.*, 1888, pag. 205; *Quest. et sol. prat.*, 74, *Ibid.*, 1893, pag. 356.

(2) Vedi sopra, pag. 332 e Daireaux, *De la cond. lég. des étr. dans la République Argentine, J. D. I. P.*, 1886, pag. 297.

confrontandole con le disposizioni degli altri Codici, per esempio, dell'italiano e ricordando essere il domicilio d'origine, secondo il diritto argentino (art. 89): « il luogo del domicilio del padre nel giorno della nascita dei figli », ne risulta che un decreto del re d'Italia legittimante un figlio naturale italiano avuto dovunque, anche in Italia, da un italiano domiciliato all'Argentina al momento della nascita, non sarà in questo Stato ritenuto efficace e viceversa che un figlio nato all'Argentina, da padre argentino domiciliato in Italia, sarebbe legittimato da un decreto del re d'Italia (ove, in questo caso, fosse possibile ottenerlo), sebbene tale modo di legittimazione sia sconosciuto al diritto argentino: che un figlio avuto all'Argentina, da genitori appartenenti ad esso paese e colà domiciliati al momento della nascita, non sarebbe legittimato per il loro susseguente matrimonio celebrato all'Argentina, se al momento della celebrazione fossero domiciliati in Inghilterra o in altro paese che non ammette questo modo di legittimazione, ecc.; risultati assurdi e conflitti insolubili, perchè derivanti non da diversità di leggi private interne, ma da diversità di norme di diritto privato esterno.

Non comprendiamo poi come il rappresentante dell'Argentina alla Conferenza di Montevideo abbia potuto, ricordando le disposizioni del Codice patrio, concedere la sua approvazione all'art. 16 della Convenzione (1): « La legge che regge la celebrazione del matrimonio determina la figliazione legittima e la legittimazione per susseguente matrimonio ».

9. Relativamente alla forma della adozione bisogna distinguere le legislazioni, secondo che a produrla è necessario e sufficiente il consenso delle parti o esso è necessario ma non sufficiente, richiedendosi inoltre l'approvazione di un potere dello Stato.

Secondo il Cod. nostro (art. 213-219), non solo è necessaria la prestazione del consenso davanti al presidente della Corte d'appello, ma la Corte ha la competenza di dichiarare se si fa o non si fa luogo all'adozione. Disposizione sostanzialmente identica (salvo differenze di procedura perchè il consenso si presta davanti al giudice di pace e l'adozione è dichiarata dal tribunale prima, dalla Corte d'appello poi), reca il Cod. civ. della Francia (art. 353-360) e degli altri Stati a legislazione francese. Così l'autorizzazione giudiziaria è necessaria anche nella Spagna (art. 178-179); in Prussia (Landr., II, 2, § 666,

(1) Meili, *Kodifikation*, pag. 108 e *Actos del Congreso, etc.*, pag. 476.

667), in Sassonia (art. 1787), in Austria (art. 181 e legge 9 agosto 1854, § 254), e in generale in Germania l'adozione si fa per mezzo di un contratto sottoposto alla omologazione od alla conferma del potere giudiziario. Il Cod. rumeno (art. 318-324), e la legge bulgara del 17 dicembre 1859 (art. 34-39), hanno quasi testualmente riprodotta la legislazione francese. La competenza di dichiarare o meno l'adozione spetta all'autorità giudiziaria anche in Russia secondo la recente legge (1) e nel Cantone di Zurigo (art. 720-724); pare che anche al Guatemala la adozione debba essere dichiarata ed approvata dal potere giudiziario (2); certo dai tribunali deve essere confermata al Brasile (3); nella Colombia (art. 279-280) abbisogna prima il permesso del giudice o del prefetto del domicilio dell'adottando e poi una scrittura notarile firmata pure dal giudice che ha concesso il permesso. Così anche negli Stati dell'Unione Americana del Nord che ammettono l'adozione (Rhode-Island, Nuovo Hampshire, Massachussetts, Connecticut, Wisconsin, Texas, Kansas (4), Pennsylvania (5), California) (6), l'adozione deve essere constatata ed approvata con varie procedure dai tribunali e nella Luigiana non può aver luogo che per atto legislativo (7).

I soli Stati, per quanto sappiamo, dove l'adozione possa farsi fra le parti per scrittura pubblica, senza bisogno di autorizzazioni o conferme dell'autorità giudiziaria, è l'Uruguay (articolo 228) e la Bolivia (8).

---

(1) Disposizioni con la legge 12 marzo 1891 sostituite agli art. 145-156 e al § 4 append. dell'art. 156 delle Leggi civili e art. 1460^{8}-1460^{12} del Cod. proc. civ., *A. L. E.*, 1891, pag. 827 e Lehr, *Legitim. und Adoption n. d. neuen russ. Ges.*, *Z. I. P. R.*, vol. IV, pag. 128.

(2) Dico pare, perchè l'art. 267 del Cod. civ. del Guatemala dice: « L'adozione si farà davanti al giudice di prima istanza del domicilio, con la forma prescritta dal Cod. di proc. civ. » del quale non mi è stato possibile prendere conoscenza.

(3) Legge 22 settembre 1828, art. 2, § 1; D'Ourem, *De l'adopt. entre français et brasiliens*, *J. D. I. P.*, 1889, pag. 767.

(4) Lawrence, *op. cit.*, vol. III, pag. 166.

(5) Legge 9 maggio 1889 (*act* 187), *A. L. E.*, 1889, pag. 938. Vedi anche *Z. I. P. R.*, vol. III, pag. 348.

(6) Legge 2 marzo 1891, modificante la sezione 224 del Cod. civ., *A. L. E.*, 1891, pag. 930.

(7) *B. S. L. C.*, 1871-72, pag. 205.

(8) Duguit, *op. cit.*, pag. 99.

L'adozione poi è sconosciuta in Inghilterra, negli altri Stati americani del Nord non nominati sopra, nel Canadà, nei Paesi Bassi, in Portogallo, in Norvegia, in molti cantoni svizzeri, fra i quali Vaud (1) e Berna (2), al Messico, al Chilì.

Intorno alle forme dell'adozione, alcuni (3) semplicemente dicono applicabile la regola *l. r. a.* Ora se per essa non abbisognasse, secondo la gran maggioranza delle legislazioni, l'omologazione dell'autorità giudiziaria, certo nessun dubbio sorgerebbe sull'applicazione della regola nostra anche a questo negozio giuridico: ma essendo che generalmente non si effettua per il semplice consenso fra le parti in certo modo prestato, ci sembra necessario indagare che ufficio compia l'autorità giudiziaria, e secondo la varia natura di esso, arrivare a differenti conclusioni. Un caso variamente criticato ci offre l'occasione di questo esame. Certo Gramet francese aveva adottato in Belgio, davanti al giudice di pace di Bruxelles, un tale Parmentier belga. Ammessa questa adozione dal tribunale di Bruxelles e confermata dalla Corte d'appello della stessa città, la questione intorno alla sua validità sorse in Francia discutendosi intorno alla successione del padre adottivo: il tribunale della Senna dichiarò l'adozione nulla; le ragioni che indussero il magistrato francese a giudicare in tal modo non hanno relazione con la forma dell'adozione; negò la validità di questa, specialmente perchè l'adottato essendo belga, non poteva pretendere in Francia il godimento dei diritti civili e perchè l'adozione non può essere ammessa se una delle parti non gode dei diritti civili, attribuiti ai cittadini (4). Ma anche se il Parmentier fosse stato francese, la sua adozione fatta in Belgio sarebbe stata dichiarata nulla in Francia, perchè « les obligations réciproques qui en résultent, disse il tribunale, ne sont valablement contractées qu'avec le contrôle et la sanction discrétionnaire des tribunaux français ». Il Renault (5)

---

(1) Lehr, *De l'effet de l'adoption, etc., J. D. I. P.*, 1882, pag. 291.

(2) Roguin, *op. cit.*, pag. 147.

(3) Surville-Arthuys, *op. cit.*, n° 316; Asser Rivier, *op. cit.*, n° 58; Jettel, *op. cit.*, § 17; Fiore, *op. cit.*, vol. II, n° 760.

(4) Trib. Senna, 4 agosto 1883, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 179. Si può facilmente spiegare questa decisione ricordando la distinzione che si fa in Francia fra i diritti naturali ed i civili, attribuendo per interpretazione dell'art. 11 Cod. civ., solo i primi e non i secondi allo straniero; e straniero era il Parmentier perchè era nato in Belgio e perchè dopo l'adozione, a norma dell'art. 9 Cod. civ. belga, aveva fatta la dichiarazione di volervi fissare il suo domicilio.

(5) Renault, *Examen doctrin.*, *Revue critique*, 1884, pag. 705.

ed il Catellani (1) criticano vivamente tale pretesa: « ceci, scrive il primo, est inutile à dire et cela est contestable ». Ora che nel caso Parmentier fosse inutile dire quel motivo, sta bene: ma che sia contestabile non ci sembra: certo gli argomenti addotti dai due giuristi non lo provano; ed invero, scrive il Catellani: « se la regola *l. r. a.* è in così larga misura riconosciuta rispetto al matrimonio, a più forte ragione devesi riconoscerla nell'adozione, che ha pur forme solenni certo di non maggiore importanza: pure non meno che nel matrimonio, anche in questo rapporto porge occasione a conflitti quella distinzione fra le varie specie di forme, per cui quelle ritenute abilitanti e solenni si vogliono ascrivere allo statuto personale »; se l'adozione di un francese da parte di un francese « fosse avvenuta regolarmente in Belgio, perchè non si riconoscerebbero gli effetti in Francia, quando le condizioni essenziali volute dalle leggi francesi fossero state osservate? Non si tratta di una sentenza resa in materia contenziosa per la quale fosse necessario ottenere l'*exequatur* nei termini voluti dagli art. 21, 23 Cod. civ. e 546 Cod. proc. civ. francesi. L'intervento della giustizia ha per iscopo di dare maggiore solennità ad un atto così importante e di constatare l'esistenza delle condizioni richieste dalla legge; ma sembra difficile ammettere *a priori* che l'atto di adozione non produca verun effetto in Francia per ciò solo che non fu sottomesso al controllo dei tribunali francesi ».

Ci duole di non poter approvare tale soluzione: se la regola nostra è largamente ammessa nel matrimonio e in altri atti solenni, ciò non vuol dire che debbasi a più forte ragione ammettere nell'adozione, e ciò perchè nel matrimonio essa si applica alla forma della manifestazione del consenso degli sposi e non ad altro, e volendovi invece sottomettere l'adozione, si viene ad applicarla ad un elemento dell'atto giuridico che non è di forma, ma di sostanza: nel matrimonio il consenso delle parti è necessario e sufficiente a produrre il vincolo; nella adozione è necessario, ma non è sufficiente; secondo la maggioranza delle leggi, oltre al consenso delle parti occorre anche che il potere giudiziario intervenga direttamente nel consenso e dichiari di volere l'adozione: in altre parole l'adozione si ottiene non col solo concorso della volontà dell'adottante e dell'adottando (oltre, se è il caso, a quella dei genitori, del coniuge, del consiglio di

(1) Catellani, *op. cit.*, cap. v, nº 587. Pure in questo senso Renault, *op. cit.*, loc. cit.; Despagnet, *op. cit.*, nº 385; Duhaut, *op. cit.*, pag. 274.

famiglia o di tutela), ma anche necessariamente col concorso della volontà del potere giudiziario: non di due, ma di tre volontà. Non è vero che l'intervento della giustizia abbia solo lo scopo di dare maggiore solennità ad un atto così importante: la giustizia ha una ben più alta e delicata funzione: essa non interviene solo per ricevere il consenso delle parti, ma per istituire un giudizio e per dichiarare l'adozione: ed invero come si può sostenere che il suo intervento ha il solo scopo di dare solennità all'atto, quando il Cod. francese stabilisce che, dichiarata la volontà delle parti davanti al giudice di pace e trasmesso l'atto al tribunale, questo in camera di consiglio verifichi se tutte le condizioni della legge sono osservate e *se l'adottante gode buona riputazione* e poi, *senza enunciare i motivi*, dichiari se si fa luogo o non si fa luogo all'adozione: e dopo il tribunale la stessa dichiarazione debba esser fatta, pure senza enunciarne i motivi, dalla Corte d'appello? E secondo il Cod. nostro non deve forse la Corte d'appello *giudicare* se l'adozione convenga all'adottando? Ma, senza spendere molte parole, basta osservare che, secondo il Codice nostro, il francese, l'austriaco, il rumeno, ecc., la magistratura può, senza dirne i motivi, dichiarare che *non si fa luogo all'adozione*, per persuadersi che il suo consenso è in tutti quegli Stati necessario, altrettanto del consenso delle parti: ed essendo il consenso elemento sostanziale di validità e non formale, non può ad esso esser applicabile la regola nostra.

Ci si può tuttavia rispondere che, anche ammesso questo, al consenso dell'autorità giudiziaria nazionale delle parti, può validamente esser sostituito quello dell'autorità giudiziaria del luogo dove le parti si trovano e in tal modo trovar quindi applicazione la massima *l. r. a.;* ma non possiamo neppur questo ammettere: quando una legge prescrive per l'adozione la necessità del consenso del potere giudiziario, determina la competenza e i modi del giudizio, stabilisce su quali punti deve esser questo istituito, attribuisce l'autorità di dichiarare o non dichiarare l'adozione, si riferisce sempre al potere giudiziario del territorio e non ad un altro, a quello e non ad un altro concede l'autorità di intervenire nel consenso, solo il potere di quello Stato e non d'altri può perciò concedere l'adozione. Siamo in un caso grandemente analogo a quello della legittimazione *per rescriptum principis;* come abbiamo dimostrato che al decreto del re d'Italia, necessario ad un italiano per la sua legittimazione, non può esser sostituito validamente il decreto del capo d'altro Stato,

così alla dichiarazione del potere giudiziario italiano, non può esser sostituita quella del potere giudiziario di altro Stato (1). Alla stessa nostra conclusione arriva il Laurent (2), non solo perchè crede che che l'adozione sia « un acte de la puissance souveraine », ma anche per la solita ragione che la regola *l. r. a.* non si applica agli atti solenni: e perciò sostiene che affinchè una adozione possa farsi all'estero « il faudrait, non des formes analogues, mais des formes identiques; or cela n'est possible que dans les pays où existe l'organisation judiciaire française; en Belgique, par exemple ». Siccome per noi la regola *l. r. a.* non è applicabile solo perchè crediamo che l'intervento giudiziario non faccia parte degli elementi estrinseci, ma degli elementi intrinseci di validità dell'adozione, non possiamo ammettere che si possa neppure in Francia adottare un belga, nè in Belgio un francese.

Col respingere la teoria che vorrebbe sottoposta l'adozione alla regola nostra, non vogliamo però escludere che la *forma della dichiarazione di volontà* delle parti non possa, non debba anzi, esser retta dalla *lex loci actus*. Un attento esame del modo nel quale si fa luogo all'adozione, in Italia ed in Francia (e prendiamo, ad es., le leggi di questi paesi perchè tutte le altre sono a queste grandemente simili), spiegherà meglio il nostro pensiero. L'art. 213 del nostro Codice stabilisce che la persona che vorrà adottare e quella che vorrà essere adottata si presenteranno personalmente al presidente della Corte d'appello per venire all'atto del loro reciproco consenso, il quale sarà ricevuto dal cancelliere della Corte, e il Cod. fr. (art. 353), stabilisce l'identica cosa, sostituendo solo al presidente della Corte il giudice di pace. Quando, dopo ciò, le parti abbiano presentato l'atto all'autorità giudiziaria, per l'omologazione, esse null'altro devono fare che aspettare la dichiarazione dell'adozione; il loro consenso è prestato, il loro còmpito esaurito: in questo primo atto, ecco dove l'au-

---

(1) In favore: v. Bar, *op. cit.*, vol. I, n° 199; Vesque v. Puetlingen, *op. cit.*, n° 73 e leggi austriache ivi cit.; Duguit, *op. cit.*, pag. 99. Non credo che in appoggio della teoria dei nostri avversari, ossia per sostenere che l'intervento giudiziario nell'adozione fa parte della forma di questa, si potrebbe invocare un nuovo argomento ricavato dal fatto che nel Cod. ital., nel francese e negli altri il titolo che riguarda il modo di concessione dell'adozione è intitolato: « Delle *forme* dell'adozione ». Qui parlasi evidentemente delle forme procedurali, non della forma del negozio giuridico.

(2) Laurent, *op. cit.*, vol. VI, n° 34 e seg.

torità giudiziaria non entra che per dare maggiore solennità alla prestazione del consenso e per riceverla: ecco una disposizione relativa soltanto alla *forma* dell'adozione: ecco dove, ma solo dove, la regola nostra è applicabile: in questo primo atto il presidente della Corte ed il giudice di pace non intervengono nel consenso: agiscono quali testimoni qualificati, egualmente di un notaio o di un ufficiale dello stato civile; non esercitano il potere giudiziario e la legge fa della loro presenza unicamente il mezzo legittimo di manifestazione della volontà delle parti; e stabilisce con ciò la *forma* della dichiarazione del consenso dell'adottando e dell'adottante; e forma essendo, va soggetta alla regola nostra. Ma quando poi la legge stabilisce che il Tribunale o la Corte d'appello, o l'uno e l'altra insieme, verifichino la buona fama dell'adottante, la opportunità di creare quel vincolo, ecc., e dichiarino se si fa o non si fa luogo all'adozione, queste sono prescrizioni relative alla validità intrinseca del negozio giuridico, sottratte perciò all'impero della regola nostra. Concludendo, due francesi in Italia faranno validamente la loro dichiarazione davanti al presidente della Corte, due italiani in Francia validamente davanti al giudice di pace, ma, dopo di ciò, l'atto fatto da noi, sarà trasmesso al procuratore della repubblica francese e l'atto fatto all'estero, alla Corte italiana; e naturalmente se una delle parti è francese e l'altra italiana, l'atto fatto o in Francia, o in Italia secondo le forme locali dovrà ottenere l'omologazione così del potere giudiziario francese come dell'italiano (1).

Certo che la difficoltà di adottare all'estero si fa maggiore con la teorica nostra, che con quella del Renault e del Catellani: sarà una conseguenza spiacevole, ma è certo, a nostro avviso, una conseguenza necessaria di una distinzione giuridicamente esatta.

Dopo quanto abbiamo detto non metterebbe neppur conto d'osservare che la nostra distinzione non può aver luogo e che quindi la regola ha pieno impero nei conflitti fra le leggi di quegli Stati i quali non fanno entrare nè punto nè poco l'autorità giudiziaria nell'adozione o di quelli (se mai ve ne fossero) che non la rivestono del diritto di concedere o rifiutare l'adozione, ma la fanno intervenire solo per dare solennità all'atto: di notare infine, che due boliviani faranno validamente una adozione in Italia mediante la sola dichiarazione richiesta dall'art. 213 Codice nostro o, a norma dell'eccezione ammessa dal-

(1) Cfr. Brocher, *Cours*, vol. I, n° 101; v. Bar, *op. cit.*, loc. cit.

l'art. 9 mediante atto notarile, come stabilisce la legge boliviana, senza bisogno di omologazione, e che due italiani invece, fatto l'atto notarile in Bolivia, dovranno ottenerne l'omologazione dalla Corte d'appello nostra.

Se poi l'adozione volesse farsi da due italiani in un paese che la ignora, siccome colà nessun magistrato riceverebbe la loro dichiarazione di volontà, crediamo che potrebbe questa esser validamente fatta con le forme che la legge locale stabilisce per dare autenticità agli atti: un istrumento notarile per es., dal quale risultasse la prestazione del consenso, dovrebbe a nostro avviso essere ammesso all'esame della Corte italiana quando fosse provato che, nello Stato in cui l'adottando e l'adottante italiani si trovavano, l'adozione era sconosciuta dalla legislazione locale.

Finalmente non ci sembra che appartenga alla forma dell'adozione l'obbligo della inscrizione dell'atto nei registri dello stato civile per renderla effettiva di fronte ai terzi (Cod. civ. it., art. 219). Non così forse si potrebbe sostenere di fronte alla disposizione dell'art. 359 del Cod. francese: « l'adoption restera *sans effet* si elle n'a été inscrite dans ce délai » (3 mesi): ma siccome i tribunali francesi sono competenti solo a dichiarare le adozioni fra francesi o quelle in cui un francese sia parte e relativamente solo a questo loro nazionale, quella disposizione crediamo sia applicabile solo ai francesi e non possa dar origine a conflitti con altre leggi. È bene poi avvertire di non confondere l'adozione con quella speciale istituzione vigente in alcuni Stati germanici e chiamata *Einkindschaft*, in virtù della quale lo sposo che si rimarita avendo dei figli del primo letto, pone questi figli, in rapporto al suo secondo coniuge, nelle stesse relazioni di paternità e figliazione come se fossero realmente procreati dal nuovo matrimonio. Le questioni che mai potessero sorgere relativamente alla forma dell'*Einkindschaft* sono facilmente risolvibili con l'applicazione dei principii esposti relativamente alla legittimazione *per subsequens matrimonium*.

10. La emancipazione generalmente si opera o per il matrimonio del minore, o per dichiarazione del padre o della madre e, mancando questi, del consiglio di famiglia. Ma le differenze esistenti fra una ed altra legislazione rendono possibili alcuni conflitti. Il matrimonio produce l'emancipazione del minore *ipso facto* secondo i Codici italiano (art. 310), francese (art. 476), spagnuolo (art. 314), portoghese (art. 304), rumeno (art. 421), secondo il diritto bavarese e della Sas-

sonia-Weimar (1), e i Codici argentino (art. 131), dell'Uruguay (articolo 257), del Messico (art. 689), del Chilì (art. 266), della Columbia (art. 313), del Canadà (art. 314). Invece il matrimonio produce l'emancipazione soltanto della donna nel Würtemberg e nelle città anseatiche (2) o non produce affatto emancipazione nè dell'uomo nè della donna in Prussia, in Sassonia, in Austria, nei Paesi Bassi, nel Guatemala. Le questioni che possono sorgere circa alla emancipazione per matrimonio si connettono strettamente alla validità di questo: e di ciò abbiamo parlato: sono inoltre grandemente analoghe a quelle intorno alla legittimazione *per subsequens matrimonium:* siccome poi, a differenza di questa (secondo almeno la maggioranza delle legislazioni), la emancipazione non ha bisogno di una speciale dichiarazione del padre o del tutore al momento del matrimonio, ma si produce sempre *ipso facto ipsoque jure* con l'unione coniugale, così non si presentano neppure quelle difficoltà provenienti dalla necessità o meno del riconoscimento nella legittimazione. L'emancipazione per matrimonio non è altro che uno degli effetti di questo: e se è valido questo, sarà quella prodotta: il matrimonio di un minore italiano dovunque fatto, renderà lo sposo emancipato: il matrimonio di un minore neerlandese non produrrà mai la sua emancipazione, dovunque sia celebrato.

Ma oltre all'emancipazione prodotta dal matrimonio, molti Codici ammettono quella volontaria e prescrivono per questa differenti forme: così il nostro (art. 311) vuole la dichiarazione fatta davanti al pretore, il francese (art. 477) ed il rumeno (art. 422) davanti al giudice di pace assistito dal cancelliere, il portoghese (art. 308) invece una dichiarazione per iscritto presentata all'autorità giudiziaria, lo spagnuolo (art. 316) un atto pubblico oppure una dichiarazione davanti al giudice municipale, il guatemalese (art. 304) una dichiarazione davanti al magistrato. Ma mentre queste legislazioni non fanno intervenire l'autorità giudiziaria che come ufficiale incaricato di ricevere la dichiarazione e di rogare l'atto (3), altre invece vogliono che

---

(1) Lehr, *Dr. civ. germanique*, vol. II, n° 1166.

(2) Ibidem.

(3) Non ci pare che si possa sollevar dubbi intorno a ciò relativamente alla legislazione nostra ed alla francese: ed invero così l'una come l'altra vogliono una dichiarazione davanti ad un magistrato, ma non domandano il consenso di questo, non prescrivono, come per l'adozione, un esame del caso, un giudizio

l'emancipazione sia approvata dal magistrato; così è il giudice di cantone che *concede* la emancipazione secondo il Codice dei Paesi Bassi (art. 480 e seg.) (1) e quello del Canadà (art. 315); è pure l'autorità giudiziaria quella che è competente ad approvare o meno la emancipazione fatta dai genitori per scrittura pubblica secondo i Codici del Messico (art. 690-691), del Chilì (art. 265), della Columbia (art. 313).

I conflitti che si possono presentare intorno alla forma della emancipazione hanno la perfetta identità giuridica di quelli relativi alla adozione: e a quanto abbiamo detto circa a questi rimandiamo; quindi un italiano potrà emancipare suo figlio con dichiarazione davanti al giudice di pace in Francia, per atto pubblico in Spagna, pure per atto pubblico senza bisogno dell'approvazione della magistratura locale al Messico od al Chilì: viceversa uno spagnuolo emanciperà validamente in Italia con dichiarazione davanti al pretore o (in virtù della eccezione stabilita dall'art. 9 alla regola *l. r. a.*) mediante scrittura pubblica: ed un messicano, dopo fatta in Italia la scrittura pubblica o la dichiarazione davanti al pretore, avrà bisogno di ottenere l'approvazione dell'autorità giudiziaria messicana, ecc., ecc. Se poi l'italiano od il francese si trovasse in un paese dove la emancipazione è ignota, come in Inghilterra, o dove non è riconosciuta che quella risultante dal matrimonio, come all'Argentina, crediamo che potrebbe validamente farla per atto autentico, in quanto che la presenza del pretore e del giudice di pace non è dalle leggi nostre e dalle francesi richiesta che per dare autenticità solenne alla dichiarazione: all'Argentina non trovando nessun magistrato che voglia ricevere l'atto, questo potrà esser da noi ritenuto valido, quando sia stato fatto uniformandosi più ch'era possibile alla legge personale (cui bisogna ricorrere mancando qualsisia disposizione della legge locale), ossia per atto autentico.

Ricordiamo però che quelli come il Duguit (2), che calcolano l'emancipazione come atto solenne, la vogliono retta per la forma

---

intorno all'opportunità della emancipazione, non gli attribuiscono il diritto di rifiutarla; il pretore ed il giudice di pace agiscono, come il notaio, quali testimoni qualificati, e così dicasi anche per le altre legislazioni citate.

(1) Non si confonda il vigente art. 480 del Cod. civ. dei Paesi Bassi quale è stato modificato dalla legge 4 luglio 1874 con l'anteriore abrogato il quale era sostanzialmente identico all'art. 311 Codice nostro.

(2) Duguit, *op. cit.*, pag. 100. Contra Laurent, *op. cit.*, vol. VI, n[i] 60-64; Bar, *op. cit.*, vol. I, n° 201; Brocher, *op. cit.*, vol. I, pag. 362.

dalla legge personale dell'emancipato; così che se l'emancipando è un francese occorrerà dovunque un atto solenne fatto però con le forme autentiche locali: se è uno straniero, potrà anche in Francia esser emancipato per scrittura privata, se la legge personale si contenta di questa forma.

È superfluo poi avvertire che quando l'emancipazione deve esser dichiarata dal consiglio di famiglia presieduto in Italia dal pretore, in Francia dal giudice di pace, tale dichiarazione sarà fatta nei modi stabiliti nel paese in cui il consiglio risiede (1).

Ma oltre alla emancipazione alcune legislazioni stabiliscono anche la cosidetta *venia aetatis* ossia dichiarazione di maggiorità, la quale differisce dalla prima in questo, che mentre l'emancipazione del diritto italiano o francese pone colui che ne è l'oggetto in una posizione intermediaria fra il minore non emancipato e il maggiore pervenuto alla piena capacità giuridica, la *venia aetatis* fa diventare il minore immediatamente maggiore con tutti i diritti e tutti gli obblighi derivanti da questa qualità. Ora in alcuni paesi, come generalmente in Germania, nella Svizzera ed in Austria, non è conosciuta che la dichiarazione di maggiorità e non l'emancipazione del diritto francese: ed è fatta o per dichiarazione davanti al giudice come in Sassonia e nei territori germanici retti a diritto comune, o semplicemente per scrittura privata, come in Baviera, o subordinata all'omologazione dei tribunali come in Austria (Cod. civ., § 174), nel Cantone di Zurigo (Cod. civ., art. 832 e seg.) e in generale in tutta la Svizzera. Altri Stati invece ammettono insieme e l'emancipazione e la *venia aetatis:* così per es. i Paesi Bassi, il Chilì, la Columbia regolano, come abbiamo veduto, la emancipazione e ne determinano la forma: ma insieme ammettono la dichiarazione completa di maggiorità, la quale è concessa dal potere giudiziario (2) o da questo e dall'esecutivo insieme (3).

I conflitti che possono sorgere fra una e l'altra di queste leggi sono facilmente solubili: così il bavarese potrà in Prussia fare validamente la dichiarazione davanti al giudice, oppure secondo la sua legge personale per scrittura privata, ed il prussiano in Baviera secondo la forma locale: l'austriaco all'estero, seguìta la forma del

(1) Brocher, Ibidem.

(2) Cod. civ. chileno, art. 298; Cod. civ. della Columbia, art. 340.

(3) Cod. civ. neerlandese, art. 474; accordata dall'Alta Corte ed approvata dal re.

luogo, dovrà domandare l'omologazione dei tribunali austriaci ed il neerlandese dovrà, dovunque si trovi, rivolgersi sempre ed esclusivamente all'Alta Corte dei Paesi Bassi. Ma un italiano all'estero potrà emancipare suo figlio servendosi della forma prescritta dalla *lex loci* per la *venia aetatis?* Siccome la differenza fra questa e l'emancipazione non è che relativa alla misura degli effetti e non costituisce una essenziale diversità giuridica fra i due istituti, così crediamo che quando l'italiano si trovi in un paese dove soltanto è ammessa la *venia aetatis*, possa produrre l'emancipazione del figlio (regolata naturalmente quanto agli effetti dalla legge italiana) servendosi della forma locale della *venia aetatis:* e così potrà emancipare per scrittura privata in Baviera e per dichiarazione davanti al magistrato in Prussia ed in Austria, senza richiedere l'omologazione dei tribunali locali: se si trova in uno Stato come il Chilì, od i Paesi Bassi, non possa servirsi che della forma locale della emancipazione e non di quella della *venia aetatis.*

Nel complesso dei diritti di famiglia molti altri atti giuridici si possono facilmente trovare, di cui la forma, essendo differentemente stabilita in questo o in quel paese, può dar origine a conflitti: così l'atto con cui il padre stabilisce alla madre superstite condizioni per l'educazione dei figli e l'amministrazione dei beni, la nomina del tutore, l'autorizzazione maritale, ecc. Ma le questioni che possono sorgere intorno alla forma di tali atti o si presentano in modo tale da avere una assoluta identità giuridica con le altre sopra trattate e a queste quindi rimandiamo, o si connettono con la forma delle disposizioni testamentarie e insieme a queste le trattiamo.

CAPITOLO III.

Contratti.

1. Principii generali relativi alla forma dei contratti. — 2. L'art. 1314 Codice civile italiano. — 3. I contratti relativi ai beni immobili. — 4. Costituzione d'ipoteca. — 5. Mandato, altri contratti, ecc.

1. Alla trattazione dei conflitti relativi alla forma del matrimonio e degli altri atti giuridici finora studiati, abbiamo fatto sempre precedere un esame, per quanto ci è stato possibile, accurato e completo di legislazione comparata: principale fine che con questo ci proponevamo non è stato già quello di sapere in quanti paesi il matrimonio si contrae religiosamente, in quanti civilmente o se in un determinato Stato l'adozione ha bisogno della omologazione e in un altro no, ecc., ma bensì quello di renderci esatto conto di tutte le differenze esistenti fra forma e forma per poter avere una precisa conoscenza giuridica della natura dei conflitti che si presentano e per prevedere tutti quelli che possono sorgere: e della utilità pratica di tal metodo i due precedenti capitoli sono, crediamo, la prova migliore. Ma quando dal matrimonio e dai diritti di famiglia passiamo allo studio dei contratti, l'utilità e più ancora la necessità di tale sistema viene completamente o quasi a mancare: nelle forme per queste stabilite dalle varie legislazioni non si trova quella complessità, quella molteplicità, quelle gravi e fondamentali differenze che si riscontrano nelle forme dei negozi giuridici finora esaminati: uno studio di legislazione comparata intorno alle forme dei singoli contratti ci condurrebbe alla conclusione di constatare bensì delle differenze fra Codice e Codice circa al modo in cui validamente può essere contratto un mutuo, una compra-vendita, ecc., ma di trovare anche che le forme generalmente per i contratti stabilite sono soltanto quelle per atto pubblico, per scrittura privata e la forma verbale: ora questo specialmente a noi importa sapere che i conflitti sorgono solo fra una e l'altra di codeste tre forme: così che, esaminati questi, la loro soluzione può applicarsi ai singoli casi ed alle singole obbligazioni contrattuali. Naturalmente dobbiamo tenere e teniamo infatti conto di certe disposizioni speciali, ove occorrano, che pongono la questione

di diritto internazionale sotto condizioni differenti da quelle che in genere si presentano circa ai contratti: ma quelle riferiremo via via che si presenteranno, tralasciando di fare un esame generale di legislazione comparata che sarebbe lungo, e noioso ed inutile poi, oltre che per le ragioni dette, anche perchè è il punto questo in cui meno gravi e meno frequenti sorgono i conflitti. Meno gravi, per la minore connessione che la materia delle obbligazioni ha con quei principii d'ordine pubblico che rendono più difficilmente applicabile la legge straniera in materia di matrimonio, di diritti di famiglia e di successione, meno frequenti perchè quasi tutte le legislazioni dispongono essere la regola nostra applicabile ai contratti, anzi ordinariamente, nella formulazione d'essa, si riferiscono più specialmente ai contratti che agli altri negozi giuridici (1).

Abbiamo già avuto occasione nella parte generale di esaminare le differenti soluzioni che si vogliono dare teoricamente ai conflitti relativi alla forma dei contratti (2) e di esporre la nostra opinione favorevole all'applicazione pura e semplice ad essi della regola *l. r. a.* senza distinguere se le obbligazioni *ex contractu* siano sinallagmatiche o unilaterali: a questo criterio si uniformano fortunatamente le legislazioni, i giudicati e la dottrina.

La giurisprudenza italiana ebbe varie volte occasione d'affermare relativamente ai contratti che (3) « l'atto valido e regolare quanto alle sue forme estrinseche per le leggi del luogo ov'ebbe vita, devesi sempre come tale riconoscere ed eseguire in qualunque altro, sebbene regolato da diversa legislazione e soggetto a diversa nazionalità » e che (4) « la disposizione di cui all'art. 9 delle Disp. prel. Cod. civ. è un principio di diritto già ammesso dalla legislazione e dalla giurisprudenza anteriori ». E nello stesso modo decise non soltanto la giurisprudenza di quei paesi dove la regola *l. r. a.* è sancita nella legislazione, ma anche in quelli, come la Francia, dove nessuna disposizione di legge la formula nè generalmente nè relativamente ai contratti (5).

Per conseguenza non sarà necessario che un italiano scriva tutta

(1) Vedi parte gen., cap. V.

(2) Vedi parte gen., cap. IV, n° 5.

(3) App. Lucca, 11 gennaio 1867, *Giurispr. Tor.*, IV, 284.

(4) App. Torino, 18 maggio 1872, *Giurispr. Tor.*, IX, 492.

(5) Cass., 23 febbraio 1864, DALLOZ, 64, 1, 166; Cass., 24 agosto 1880, *Ibid.*, 80, 1, 447; Chambéry, 11 febbraio 1880, *J. D. I. P.*, 1881, pag. 511; Cass., 23 maggio 1892, DALLOZ, 92, 1, 473.

di suo pugno la polizza o promessa con la quale si obbliga verso altri a pagare una somma di denaro o a dare altra cosa valutata in quantità, o che vi aggiunga di propria mano un *buono* od *approvato* indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa secondo la disposizione dell'art. 1325 Codice nostro, se l'atto è fatto in un paese che non ha nelle sue leggi una disposizione simile: non è necessario che più francesi facciano in altrettanti esemplari quante sono le parti che hanno un interesse distinto gli atti per scrittura privata contenenti convenzioni sinallagmatiche, nè che ogni originale contenga la menzione del numero degli originali che ne sono stati fatti, se la convenzione è fatta per es. in Italia dove non abbiamo nel nostro Cod. civ. una disposizione simile a quella dell'art. 1325 Cod. civ. francese: non è necessario che un contratto sia fatto per scrittura privata in un paese che per esso ammette la forma verbale, anche se la legge nazionale delle parti richiede la forma scritta, ecc., ecc. Ma all'applicazione della regola nostra sappiamo quante deroghe sono portate o da precise espresse norme di diritto positivo o dalla giurisprudenza e dalla dottrina: esaminarle tutte e relativamente ad ogni singolo contratto speciale ci sembra inutile: conosciamo già gli articoli dei Codici civili che stabiliscono la regola *l. r. a.* e ne limitano in certi casi l'applicazione o il valore obbligatorio; abbiamo avuto occasione, parlando del contratto di matrimonio, di esaminare ed esporre tutte le eccezioni che possono essere portate ad essa: sarebbe inutile ripetizione il riesaminarle tutte relativamente alle singole obbligazioni convenzionali: a quelle sole difficoltà, eccezioni, collisioni di leggi ci fermeremo che o non abbiamo avuto occasione di studiare, o si presentano con gravità maggiore nei contratti che negli altri atti giuridici.

2. La regola, la quale in genere è facoltativa, lo è maggiormente in materia di obbligazioni convenzionali; ed è facile spiegarsene la ragione: se le leggi e i giudicati e la dottrina le negano moltissime volte il valore obbligatorio, anche per quei negozi giuridici che non possono dalla volontà dell'individuo essere alterati o modificati, restando sempre retti nella loro sostanza dalla legge nazionale delle parti, *a fortiori* se ne vorrà riconoscere il valore solo facoltativo per quelli intorno ai quali la legge dispone solo sussidiariamente, per il caso in cui nessuna espressa dichiarazione di volontà risulti dalle parti, come sono appunto i contratti, per i quali la legge nazionale non deve essere osservata che in riguardo ai limiti entro i quali concede l'autonomia all'individuo: è bensì vero che l'obbligo di rispettare

anche all'estero la legge nazionale e la libertà di non conformarvisi si riferiscono agli elementi sostanziali dei negozi giuridici e non ai formali, ma è vero altresì che la libertà di regolare come le parti credono la sostanza e gli effetti delle obbligazioni ha una certa influenza a far riconoscere in più larga misura che per es. negli atti giuridici relativi ai diritti di famiglia, la facoltà delle parti di seguire o meno la forma della *lex loci contractus:* sebbene però fra l'autonomia lasciata alle parti relativa alla sostanza ed agli effetti delle obbligazioni e quella relativa alla forma d'esse corra (e sarebbe superfluo l'avvertirlo) questa fondamentale differenza: che cioè la prima è, entro certi limiti generali, piena ed intera, così che le parti possono riferirsi a che legge lor piaccia o stabilire a loro beneplacito le norme che si obbligano ad osservare; la seconda è semplicemente una libertà di scelta fra la forma locale e la nazionale, se le parti appartengono allo stesso paese o fra quella e la forma della legge del domicilio oppure la forma cui in generale è sottoposto il negozio, o quella del luogo in cui deve avere effetto, ecc., ecc., secondo l'una o l'altra legislazione.

Non è però da credere che sempre e in ogni caso tale libertà sia lasciata alle parti: chè molte volte o in considerazione della forma prescritta *ad solemnitatem* dalla legge nazionale per un determinato contratto, o in riguardo alle cose che sono oggetto della convenzione si arriva non solo a togliere agli agenti ogni libertà di scelta, ma ad imporre ad essi un solo e determinato genere o specie di forma.

Così avviene in tutti quei casi ne' quali la legge nazionale delle parti richiedendo per una convenzione l'atto pubblico o almeno la scrittura privata, quello e questa sono considerati come forme richieste *ad substantiam*, di tale importanza quindi da derivarne una deroga assoluta alla regola nostra. Quale sia l'opinione nostra circa all'applicazione del principio *l. r. a.* alle forme degli atti per i quali una determinata forma è richiesta *ad solemnitatem* abbiamo già più volte detto: non è inutile tuttavia soffermarci a studiare una questione che si presenta di fronte alla legislazione nostra, tanto più che nella soluzione che ne daremo discordiamo dalla generalità dei giuristi. L'art. 1314 del nostro Codice stabilisce che debbano farsi, sotto pena di nullità, per atto pubblico o per scrittura privata le convenzioni che trasferiscono proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci di ipoteca; quelle che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso e di abitazione o trasferiscono l'esercizio del diritto d'usufrutto; gli atti di rinuncia ai diritti sopra enunciati; i contratti

di locazione d'immobili per un tempo eccedente i nove anni; i contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i nove anni; gli atti che costituiscono rendite sì perpetue che vitalizie; le transazioni ed infine altri atti che la legge specialmente indica. Ora l'unanime dottrina e la giurisprudenza interpretano tale articolo nel senso che la forma autentica o la scritta siano richieste *ad solemnitatem*, così che gli italiani debbano sempre osservare tale forma dovunque essi si trovino e gli stranieri pure, quando i loro atti debbono avere effetto in Italia.

Non contestiamo punto che, essendo quella forma richiesta sotto pena di nullità, possa esser compresa fra quelle così dette *ad solemnitatem* o *ad substantiam:* ma da ciò, secondo il nostro avviso, non ne deriva punto l'obbligo di osservarla assolutamente anche all'estero, in un paese dove quegli atti possono farsi verbalmente: lo abbiamo sostenuto circa al contratto di matrimonio e invochiamo qui gli argomenti in quella occasione addotti: ma un altro ne possiamo indicare relativamente agli atti previsti dall'art. 1314, ricavandolo da una precisa disposizione del nostro Cod. civ. L'art. 1932, n° 8, stabilisce che « devono essere rese pubbliche col mezzo della trascrizione le sentenze che dichiarano l'esistenza di una convenzione verbale della natura di quelle enunciate nei numeri precedenti » e che sono appunto quelle cui si riferisce l'art. 1314.

Sono noti i molti e vani tentativi di conciliazione fra codesti due articoli: ed è assodato che la disposizione del 1932, n° 8, è dovuta ad una svista della Commissione di coordinamento: ma ciò non toglie affatto che quell'articolo abbia pieno valore di legge e debba perciò essere applicato: ora la sua più semplice e naturale interpretazione e il modo migliore per togliere l'antinomia fra quelle due disposizioni si possono trovare intendendo l'art. 1932, n° 8, come riferentesi alle convenzioni di quella natura, fatte in uno Stato che per esse non richiede la forma scritta e ciò appunto in omaggio all'art. 9 delle disposizioni preliminari. Non sappiamo se da altri questa opinione sia stata manifestata: ad ogni modo non ci sembra che manchino abbastanza validi argomenti per sostenerla: ed invero supponiamo che in Francia dove per il trasferimento della proprietà d'immobili non è necessario l'atto scritto, un italiano od un francese trasferisca verbalmente ad altro italiano o francese la proprietà di un immobile esistente in Italia: il giudice nostro che non riconoscesse la validità

di quella convenzione, fondandosi sull'art. 1314, andrebbe contro alla disposizione dell'art. 9 Disp. prel.: è bensì vero che la deroga a questo può, secondo alcuni, essere giustificata dall'opinione che la regola nostra non si applica agli atti solenni, ma nè questa opinione è generalmente condivisa, nè è in alcun modo sancita nel nostro Codice: tanto è vero che non ha impedito la nostra magistratura di dichiarare più volte valido il contratto di matrimonio fatto per scrittura privata da due italiani all'estero, sebbene, anche per esso contratto, sia richiesto sotto pena di nullità l'atto pubblico davanti a notaio: riconoscendo invece la validità di quella convenzione verbale, il giudice nostro agisce entro i termini preveduti da un articolo del nostro Codice e rimane strettamente fedele alla disposizione dell'articolo 9: nè si può dire che l'art. 1314 gli impedisca assolutamente di riconoscere la validità dell'atto verbale: come gli art. 1381 e 1382 non impediscono di dare validità al riconoscimento di figlio naturale ed al contratto di matrimonio fatti all'estero, secondo la forma locale, per scrittura privata, in base all'art. 1314 non si potrà egualmente dichiarare nulla una convenzione della natura di quelle in questione, quando sia fatta verbalmente in un paese che ammette tale forma come sufficiente; tanto più poi che per queste uno speciale articolo del Codice prevede espressamente il caso che la loro validità sia riconosciuta dai tribunali. Prevediamo bensì che vi si possa rispondere che se tale convenzione dovesse, in base all'art. 9, esser valida, era inutile prevedere il caso di una sentenza che ne dichiarasse l'esistenza: ma ciò si può facilmente spiegare con l'osservare che siccome l'art. 1935 stabilisce che la trascrizione non può farsi se non in forza di sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata, mancando nel caso gli ultimi due, era naturale prevedere che fosse adìta l'autorità giudiziaria per ottenere una sentenza in base alla quale procedere alla trascrizione, nel caso in cui una delle parti fosse o per lontananza o per morte nella impossibilità di fare o si rifiutasse di fare in Italia quella scrittura ch'è necessario presentare al conservatore delle ipoteche affinchè proceda alla trascrizione: inoltre poi non sarebbe neppure fuor di luogo il supporre che, trattandosi di una convenzione verbale la quale dà meno sicuri e permanenti elementi di prova di un atto scritto e meno di questo assicura della esistenza e della spontaneità della volontà giuridica, si abbia voluto in ogni caso sottoporla a ricognizione giudiziale, trattandosi di negozi giuridici di rilevante importanza: così che ad ogni differente forma di esse convenzioni

corrisponderebbe un differente grado di autorità e un differente modo di cerziorarne l'esistenza: potendo così l'atto pubblico essere senz'altro trascritto, richiedendosi invece per l'atto per scrittura privata che le sottoscrizioni dei contraenti siano autenticate da notaio od accertate giudizialmente (art. 1935) e per le convenzioni verbali, infine, che la loro esistenza da sentenza risulti. Ad ogni modo, anche non volendo ammettere che quest'ultima osservazione corrisponda all'intenzione del legislatore, ci sembra risultare con abbastanza evidenza dagli altri argomenti addotti, che la regola nostra può trovare applicazione anche a negozi giuridici enumerati nell'art. 1314.

Naturalmente diciamo *può* e non già *deve* trovare applicazione perchè due italiani all'estero non saranno affatto obbligati a seguire la forma locale, ma faranno validamente il loro contratto secondo la forma italiana o per scrittura privata o per atto pubblico; nel qual caso la legge locale sarà applicabile solo per determinare le condizioni di autenticità dell'atto: cosa facile per quei paesi dove esiste l'istituzione del notariato e dove, anche non esistendo notari col carattere e le attribuzioni loro attribuite da noi, vi sono, come in Serbia, dei pubblici ufficiali incaricati di dare autenticità agli atti: le difficoltà invece possono presentarsi per gli atti fatti in quegli Stati dove completamente differente dal nostro è il sistema seguìto per dare ad un atto il carattere di pubblico, dove ha il carattere d'autentico l'atto che da noi sarebbe per scrittura privata: così per es. in Danimarca dove le convenzioni verbali sono largamente in uso, alla scrittura privata si ricorre solo per i contratti importanti, e al ministero del notaio solo per quelli di importanza estrema ed anche in tal caso il còmpito del notaio si limita all'autenticazione delle firme: sta bensì il fatto che la legge danese per gli atti di trasferimento della proprietà e di costituzione di diritti reali immobiliari richiede una forma speciale, il « thinglœsning »; ma di questa non ci sembra possano prevalersi gli stranieri, perchè è esclusivamente prescritta per atti relativi ad immobili posti in Danimarca: ed invero consiste nella lettura dell'atto in una udienza pubblica del tribunale inferiore del distretto della situazione dell'immobile, nella sua trascrizione su di un registro speciale dove sono enumerati tutti gli immobili esistenti nel distretto ed in altre formalità su cui non vale la pena di soffermarci perchè quelle riferite sono sufficienti a dimostrare che al « thinglœsning » non potrebbero ricorrere nè danesi nè stranieri per immobili situati fuori della Danimarca: così che due italiani, che in

questo Stato volessero fare un atto pubblico, dovrebbero limitarsi a fare quello che se fatto in Italia sarebbe un atto per scrittura privata con le firme autenticate da notaio: pressochè nelle stesse condizioni si troverebbero in Svezia e in condizioni forse più difficili ancora in Inghilterra. Ed invero qual'è la forma che nel Regno Unito corrisponde alla nostra autentica? Non certo i contratti non sigillati o verbali (*simple contracts*, *by parol*, *by word of mouth*) sebbene la qualificazione di verbali non corrisponda esattamente al vero, essendo che ogni contratto non sigillato si chiama in Inghilterra contratto verbale, sebbene sia redatto per iscritto e la legge stessa in alcuni casi esiga che lo sia: forse i contratti sigillati (*contracts by specialty, under seal*) quali i *deeds* e i *bonds?* corrispondono bensì per il sigillo delle parti, per il valore che hanno in giudizio, per l'osservanza di certe tradizionali formalità (fra le quali notevole quella del modo in cui la carta o la pergamena è tagliata che li fa distinguere in *deeds poll* e *indentures*) ai nostri atti autentici, ma è da notarsi che molte volte non sono redatti da pubblici ufficiali, ma bensì dalle parti: certo tutte le garanzie risultanti dal nostro atto pubblico sono date dai contratti registrati (*contracts of record*) di cui l'esistenza è constatata da una corte di *record*, che sono inscritti nei registri di detta corte e che si distinguono in *judgment debts* o crediti constatati per sentenza e in *recognizances* o riconoscimenti giudiziali di debiti: però ricordando che non esistono in Inghilterra pubblici ufficiali incaricati di conferire l'autenticità alle convenzioni fra le parti, quali i nostri notai, ma solo degli agenti d'affari con funzioni limitatissime, osservando inoltre che in quello Stato i *deeds* e i *bonds* hanno realmente il valore di atti autentici si può, crediamo, ad essi tale valore riconoscere anche in Italia. Ad ogni modo date queste differenze fra il diritto nostro e l'inglese, il danese, lo svedese, ecc., ecc. spetterà al giudice di esaminare nei singoli casi se codesti atti compiuti all'estero con le forme straniere abbiano il carattere di autentici, applicando il principio, intorno al quale non v'è contestazione, che alla legge locale deve riferirsi esclusivamente per decidere della natura e del valore dell'atto.

3. Il principio che gli immobili sono retti dalla legge dove sono posti, tardo effetto di quella preponderanza che in altri tempi avevano nel sistema economico gli immobili, ma oggi è « privilegiata ed arbitraria » (1), produce il suo effetto anche nella forma dei con-

(1) Mancini, *De l'utilité, etc., J. D. I. P.*, 1874, pag. 301.

tratti di trasferimento o di costituzione di diritti reali su di essi. Quel principio, accolto anche nell'art. 7 delle Disp. prel. del nostro Codice, non trova altra giustificazione che nella tradizione: le leggi che lo sanciscono sono generalmente credute « tarde vestigia d'un tempo in cui, sotto l'impero dello spirito feudale tutti gli elementi d'un atto giuridico relativi ad un immobile: forma, sostanza, capacità del testatore o delle parti contraenti erano ciecamente soggetti alla legge territoriale » (1): tuttavia ha ancora tanta forza da persuadere molti (2) ad escludere la regola nostra per gli atti fatti all'estero agli immobili relativi; e subendo involontariamente l'influenza della tradizione, cercano giustificare questa eccezione osservando che quando una legislazione prescrive forme particolari per il trasferimento della proprietà e per la costituzione di diritti reali immobiliari, quella legge deve imperare dovunque, essendo essa sancita per considerazioni d'indole economica; a quelle forme, continuano, tutto il regime della proprietà fondiaria è strettamente legato e sarebbe recar offesa ad esso l'ammettere che con altre forme differenti da quelle della legge di situazione si potesse validamente trasferire la proprietà d'un immobile o su di esso costituire qualche diritto.

Ma la maggioranza dei giuristi (3), alla quale ben volentieri facciamo adesione, giustamente osserva che non si può confondere negli atti translativi di proprietà l'elemento convenzionale che produce l'obbligazione personale e che è relativo alla manifestazione della volontà, col trasferimento del diritto reale. Nella trasmissione di questi diritti la volontà non è la circostanza decisiva, differentemente da ciò che avviene nei contratti ordinari. Per motivi d'interesse generale, per considerazioni d'indole economica, stabilità e sicurezza dei beni, credito pubblico, ecc., ogni legislazione stabilisce che il trasferimento della proprietà o la costituzione dei diritti reali sugli immobili non sia effettiva ed opponibile ai terzi che in seguito a trascrizione, inscrizione ipotecaria, tradizione, intavolazione e così via: queste disposizioni sono reali, *in rem*, si applicano a tutti i beni posti nel territorio sottomesso alle leggi che le prescrivono e quelli che fanno delle convenzioni a quelli immobili relative devono sotto-

---

(1) Lainé, *La Conférence de la Haye*, *J. D. I. P.*, 1894, pag. 245.

(2) Autori cit. a nota 1, pag. 139; Cass. francese, 2 aprile 1884, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 77.

(3) Aut. cit. a nota 1, pag 140; Cass. franc., 16 dicembre 1873, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 117.

mettersi alla *lex rei sitae*, a qualunque Stato appartengano e dovunque si trovino: se così non fosse, lo stato civile, per così dire, degli immobili esistenti in un paese sarebbe incerto; non ci sarebbe modo di assicurarsi contro le evizioni, la proprietà fondiaria sarebbe deprezzata per la poca sicurezza dei diritti, la situazione economica del paese ne verrebbe a soffrire, si avrebbe realmente un danno sociale. Ma per quanto si riferisce invece all'elemento convenzionale negli atti traslativi di proprietà, non c'è motivo alcuno per derogare alla regola nostra. Non solo il derogarvi porta la dannosa conseguenza di imporre ad un individuo che possieda beni in differenti Stati di fare probabilmente invece di un solo atto tanti atti quanti sono gli Stati in cui i beni sono situati, ma manca assolutamente qualsiasi giustificazione giuridica per fare questa eccezione alla regola nostra: avvertiamo anche la manifesta contradizione che c'è fra il permettere che con testamento fatto secondo la forma locale si possa disporre dei beni immobili dovunque posti e il vietare che un contratto di trasferimento di proprietà d'immobili possa esser fatto con le forme della *lex loci actus*.

Fare un esame di legislazione comparata intorno alle pratiche richieste dalle varie leggi per rendere effettivo ed opponibile ai terzi il trasferimento della proprietà immobiliare e la costituzione su di essa di diritti reali eccederebbe i limiti del nostro studio (1); non si tratta in tal caso di forma della convenzione, ma di quelle trascrizioni, inscrizioni, ecc., non relative alla manifestazione della volontà e che necessariamente devono esser fatte nel luogo in cui l'immobile esiste. Avvertiamo solo che la distinzione fatta fra effetti obbligatori e effetti reali nei contratti relativi alle cose e l'applicazione della regola nostra alla forma della convenzione è resa vana da quelle legislazioni come la prussiana che richiede l'intavolazione nei registri fondiari non solo per rendere il trasferimento opponibile ai terzi ma anche il contratto efficace fra le parti: ciò che unito al § 115 del Landrecht (« In tutti i casi nei quali oggetto del contratto è la proprietà, il possesso o il frutto di cose immobili, devono esser osservate le forme prescritte dalle leggi del luogo dove giace la cosa »), è la maggiore possibile negazione della regola nostra. Peggio ancora la legge del principato di Monaco, secondo la quale gli im-

(1) Per legislazione comparata su questo punto vedi CATELLANI, *op. cit.*, n° 642 e seg.

mobili colà esistenti non possono essere venduti e comperati legalmente se non per atto autentico fatto nel principato stesso (1).

Meno grave certo è la eccezione posta da quei Codici che vogliono l'atto di trasferimento fatto autenticamente, come l'argentino, articolo 1211. « I contratti fatti in paese straniero per trasferire diritti reali sopra beni immobili posti nella repubblica avranno la stessa forza di quelli fatti nel territorio dello Stato, semprechè constino da istrumenti pubblici e siano fatti legalizzare ».

4. In virtù del principio che la *lex rei sitae* regge tutti gli immobili situati sul territorio, alcuni (2) credono che se la legge territoriale richiede una speciale forma di contratto per costituire una ipoteca convenzionale, questa non potrebbe essere costituita mediante contratto fatto all'estero, se questo non fosse rogato nella forma richiesta: così che, richiedendo il nostro Codice (art. 1978) l'atto pubblico o la scrittura privata, non si possa in uno Stato, dove sia permesso costituirla verbalmente, seguire la forma verbale, se il fondo gravato esiste in Italia, e richiedendo un altro Codice l'atto autentico, non si possa costituire un'ipoteca sopra fondi esistenti in quello Stato se non per atto autentico. È la solita restrizione della regola per gli atti solenni, intorno alla quale già altre volte abbiamo espressa l'opinione nostra.

Circa alle ipoteche costituite in paese straniero su fondi esistenti nel territorio molte legislazioni quali la portoghese (art. 965), l'argentina (art. 3129), la russa (3), la columbiana (art. 2436), stabiliscono il principio evidente che devono essere inscritte sul relativo registro del luogo dove esiste l'immobile.

Strana, ingiustificabile e giustamente molto criticata invece la disposizione del Codice francese (art. 2128), copiata dal Codice neerlandese (art. 1218): « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèques sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités ». Disposizione che dal legislatore belga è stata con la legge del 16 dicembre 1851, art. 77, modificata in questo senso: « A défaut des dispositions contraires dans les traités ou dans les lois politiques, les hypothèques consenties en pays étranger n'auront d'effet, à

(1) Jolivot, *Rég. légal des immeubles à Monaco, J. D. I. P.*, 1887, pag. 729.

(2) Aut. cit. a nota 1, pag. 130.

(3) Lehr, *Dr. civ. russe*, n° 1504.

l'égard des biens situés en Belgique, que lorsque les actes qu'en contiennent la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens. Ce magistrat est chargé de vérifier si les actes et les procurations qu'en sont le complément, réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans le pays où ils ont été reçus ». Tale disposizione, che è certo più giustificabile di quella corrispondente del Codice francese, è passata anche nella legislazione rumena (art. 1773).

Due trattati internazionali hanno derogato alla disposizione dell'art. 2128 del Codice francese: quello del 24 marzo 1760 fra la Francia e la Sardegna oggi vigente con l'Italia e quello del 27 maggio 1777 fra la Francia e la Svizzera. L'art. 22 del primo stabilisce che « de la même manière que les hypothèques établies en France par actes publics ou judiciaires sont admises dans les tribunaux de S. M. le Roi de Sardaigne, l'on aura aussi pareil égard dans les tribunaux de France pour les hypothèques qui seront constituées à l'avenir, soit par contrats publics, soit par ordonnances ou jugements, dans les États de S. M. le Roi de Sardaigne »; questo articolo parla di ipoteche costituite per contratti pubblici, ma avendone il nostro Codice permesso la costituzione anche per scrittura privata è comune opinione (1) che anche le ipoteche in questa forma costituite in Italia, siano ammesse in Francia.

5. Abbiamo veduto come la legge belga richieda che gli atti costitutivi d'ipoteca fatti all'estero su immobili esistenti in Belgio siano in forma autentica, ma che anche i mandati a ciò relativi abbiano la stessa forma. Questa restrizione alla regola nostra che nel Belgio deriva da espressa disposizione legislativa, alcuni (2) vorrebbero che dovesse esser posta anche indipendentemente da ogni speciale articolo di legge tanto per i mandati a costituire ipoteca, come per tutti quelli a fare un altro atto, per il quale sia richiesta la forma autentica. Siccome, dicono, la validità del mandato in diritto interno si calcola generalmente subordinata all'osservanza della forma « essenziale » dell'atto, per la realizzazione del quale la procura è data, questo principio deve valere anche per i mandati fatti all'estero. Non possiamo certo approvare questa dottrina che ci sembra criticabile, anche

---

(1) Milhaud, *Princ. de dr. intern. relat. aux privil. et hypothèques*, pag. 271; Duguit, *op. cit*, pag. 108; Le Bourdellès, *De l'applic. du traité 24 mars* 1760, n° 5, *J. D. I. P.*, 1882, pag. 391.

(2) Laurent, *op. cit.*, vol. VII, n° 410 e seg.; Duguit, *op. cit.*, pag. 107.

per i mandati non fatti all'estero: il mandato a costituire una ipoteca, a vendere degli immobili, ecc. è completamente distinto dalla costituzione d'ipoteca, dalla vendita, ecc., le quali non vengono fatte che dopo. Il mandato non ha altro scopo che quello di dare capacità al mandatario per fare quei determinati atti, è a questo anteriore e non ne fa parte integrante. Questa opinione che ha anche il conforto di parecchi giudicati (1) deve *a fortiori* valere per i mandati fatti all'estero, per i quali crediamo coll'Houpin (2) essere perfettamente applicabile la regola *l. r. a.*

La quale poi è generalmente e sempre applicata (3) a tutti gli altri contratti non relativi ai beni immobili senza importanti contestazioni: di quelle che su questo punto possono sorgere abbiamo già detto nella parte generale (4): un dubbio, ma un semplice dubbio può presentarsi relativamente alla tradizione per decidere se, ove essa sia connessa alla validità del contratto, debba essere considerata come elemento formale e perciò sottoposta alla regola nostra o come elemento sostanziale. Per quanto sia certo che il tradente per mezzo di essa manifesti la sua volontà di trasferire il possesso della cosa all'accipiente, non crediamo che possa la tradizione esser calcolata elemento formale di validità: essa opera, per così dire, un mutamento di stato nella cosa: non soltanto la volontà del tradente per mezzo d'essa è manifestata, ma diviene immediatamente efficace in relazione all'oggetto: per essa uno acquista il possesso in quanto un altro lo abbandona per lui: la tradizione, l'*apprehensio* del possesso non è dunque un atto formale: « la sua necessità, diremo con Jhering, è tutta interna e inseparabile dallo stato di cose che deve stabilire: la tradizione è al possesso, in qualche modo, come la nascita è alla vita ».

---

(1) Corte App. Roma, 30 marzo 1882, *Monit. Trib.*, 1882, pag. 909 e *J. D. I. P.*, 1883, pag. 428. Vedi anche App. Casale, 1° dicembre 1868 e App. Torino, 11 maggio 1866, ivi cit.

(2) HOUPIN, *Des procurations passées à l'étranger*, *R. P. D. I. P.*, 1, 1890-91, pag. 97.

(3) FIORE, *op. cit.*, n° 212 e seg., 926, 930; DESPAGNET, *op. cit.*, n° 403; ASSER-RIVIER, *op. cit.*, n° 32; SURVILLE-ARTHUYS, *op. cit.*, loc. cit.; LAURENT, *op. cit.*, loc. cit.; DUGUIT, *op. cit.*, pag. 112: ROUSSEL, *De la form. des conventions*, n° 49 e seg.; v. BAR, *op. cit.*, n° 284-285; WESTLAKE, *op. cit.*, § 197 e seg. e *La doct. ang.*, *J. D. I. P.*, 1882, pag. 11. Sent. cit. a note 3, 4 e 5, pag. 353 e Trib. Melun, 18 giugno 1874, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 355; Trib. Bourges, 6 marzo 1860, *Sir.*, 60, 2, 621; Trib. Bordeaux, 22 agosto 1865, *Sir.*, 66, 2, 27; Trib. Senna, 1879, *J. D. I. P.*, 1879, pag. 544; Cass., 24 agosto 1880, *Ibid.*, 1880, pag. 480; Chambéry, 11 febbraio 1880, *Ibid.*, 1881, pag. 511.

(4) Vedi pag. 143 e seg.

Circa alla applicazione della regola nostra alla forma dei contratti non relativi agli immobili è da osservare che se essa è costante per il diritto continentale europeo, non così è per il diritto anglo-americano, che non rade volte alla forma prescritta dalla *lex loci actus* preferisce quella richiesta dalla legge del domicilio del proprietario o dalla legge di situazione dei mobili (1).

Qualche eccezione vi porta pure il diritto argentino, il quale, sebbene stabilisca (art. 1205) che « i contratti fatti fuori del territorio della repubblica saranno giudicati in quanto alla loro validità o nullità dalla legge del luogo nel quale saranno stati fatti », tuttavia per quelli fatti nella repubblica o fuori, ma che devono esser eseguiti nel territorio argentino, e per quelli fatti nella repubblica che devono esser eseguiti fuori, la legge del luogo di esecuzione deciderà della loro validità, siano i contraenti argentini o stranieri (art. 1209-1210). Principio che è stato accolto nella convenzione di Montevideo, la quale, seguendo un sistema affatto differente da quello del trattato del 1878 (art. 5, che aveva stabilito pei contratti il principio *l. r. a.*), prescrisse: Art. 32: « La legge del luogo dove i contratti devono essere eseguiti decide se è necessario che si facciano per iscritto e la qualità del documento corrispondente »; art. 39: « La forma degli istrumenti pubblici sarà retta dalla legge del luogo nel quale si fanno e la forma degli istrumenti privati dalla legge del luogo di esecuzione del contratto rispettivo » (2).

Forse è stata questa decisione della Conferenza di Montevideo che ha indotto i giuristi americani del Sud, uniti agli spagnuoli, ad approvare nel Congresso ibero-americano la disposizione seguente (3): « La validité extrinsèque des contrats, cause de l'obligation, s'appréciera d'après la loi du lieu où ils auront été conclus: néanmoins les contrats pourront aussi être faits conformément à la loi nationale des parties ou de l'une d'elles, ou à la loi de la situation des immeubles qu'ils concernent, pourvu que, s'il y a lieu, la forme en soit complétée conformément à la loi du lieu où l'on poursuit l'exécution ».

(1) DICEY-STOCQUART, *op. cit.*, pag. 173 e seg.
(2) MEILI, *Kodifikation*, pag. 92 e 112.
(3) *A. J. D. I.*, anno XIII, pag. 357.

CAPITOLO IV.

Donazioni e Testamenti.

1. Forme della donazione. — 2. Questioni e conflitti intorno ad essa. — 3. Forme dei testamenti. — 4. Disposizioni legislative intorno al regolamento internazionale delle forme dei testamenti. — 5. La regola *l. r. a.* e i testamenti autentici. — 6. La regola *l. r. a.* e i testamenti olografi. — 7. Questioni intorno al testamento mistico ed al nuncupativo. — 8. I sistemi inglese, nord-americano, danese, ecc. — 9. Il testamento congiuntivo. — 10. La forma del testamento in relazione al mutamento di residenza o di domicilio del testatore. — 11. La regola *l. r. a.*, e gli individui cui dalla legge patria è imposta una determinata forma di testamento. — 12. Il divieto della legge personale di testare all'estero se non in forma autentica. — 13. La *lex fori* nei conflitti fra norme di diritto internazionale privato. — 14. Donazioni per causa di morte, revoca del testamento, accettazione d'eredità, ecc.

1. Poche differenze esistono fra le diverse legislazioni circa alla forma della donazione: in generale è richiesto per essa l'atto autentico: così per il diritto nostro (art. 1056), il francese (art. 931) e le leggi degli Stati a diritto francese, per il neerlandese (art. 1719), il rumeno (art. 813), il canadense (art. 776).

Altre legislazioni nello stabilire le forme della donazione tendono maggiormente a regolarle in relazione alla organizzazione della proprietà, che a stabilire delle norme di protezione del donante e determinano differenti forme secondo la natura od il valore della cosa donata: così il Codice civile del Guatemala ammette che la donazione possa esser fatta per scrittura pubblica o privata anche per mezzo di lettera (art. 714), ma se eccede il valore di 500 *pesos* è necessario l'atto autentico (art. 715); il Codice portoghese richiede per la donazione di beni mobili o la forma verbale con la tradizione, o se non ha luogo la tradizione, la scrittura privata; per i beni immobili se il loro valore non eccede la somma di 50,000 *reis* la scrittura privata con la firma del donante e di due testimoni, se eccede, l'atto autentico (art. 1458 e 1459); molto simile è pure il diritto spagnuolo il quale per i beni mobili reca identica disposizione del Codice portoghese, per gli immobili richiede sempre,

qualunque sia il loro valore, l'atto pubblico (art. 632-633); per questi anche il Codice dell'Uruguay vuole la scrittura pubblica, e ritiene sufficiente per i mobili la forma verbale o per scrittura privata anche senza bisogno di tradizione (art. 1580); così pure il Codice della Columbia (art. 1457): richiedendo sempre per gli immobili l'atto solenne, il diritto messicano prescrive tale forma anche per le donazioni di mobili eccedenti i 300 *pesos* (art. 2725-26): per il Codice chileno le donazioni d'immobili devono esser fatte per atto pubblico, quelle per un valore superiore ai 2000 *pesos* devono essere insinuate, ottenere cioè l'autorizzazione del giudice competente, quelle a termine o sotto condizione esser fatte per scrittura pubblica o privata e insinuate, quelle con causa onerosa per atto pubblico e insinuazione, e quelle infine a titolo universale pure per scrittura pubblica, insinuazione e inventario solenne dei beni, sotto pena di nullità (art. 1400-1407). Molto simili a queste le disposizioni del Codice argentino che prescrive una scrittura fatta davanti ad un pubblico scrivano (corrispondente al nostro notaio) e nei luoghi dove questo manca, davanti al giudice del luogo e due testimoni per le donazioni di immobili, per quelle remuneratorie, per quelle fatte da uno sposo all'altro per causa di morte e quelle di prestazioni periodiche o vitalizie; in tutti gli altri casi basta anche la scrittura privata o la forma verbale e per la donazione di cose mobili o di titoli al portatore è sufficiente la semplice tradizione (art. 1810-1815). In Germania molto differenti sono le disposizioni relative a questo punto fra Stato e Stato: il principio del diritto romano che le donazioni dovessero essere insinuate davanti all'autorità giudiziaria se superavano 500 *solidi*, sotto pena di nullità per quanto eccedeva questa somma ad eccezione delle donazioni renumeratorie (1), non solo ha vigore nei paesi a diritto comune, ma passò in varî Codici germanici con questo di più che essi esigono l'insinuazione e per tutte le donazioni immobiliari di qualunque valore e per le donazioni mobiliari di valore anche molto inferiore ai 500 *solidi:* così, ad es., il Landrecht del Würtemberg (II, 18, §§ 3, 4, 5), e della Baviera (III, 8, § 7), il Codice sassone (art. 1056, 1058): altri Codici seguono un sistema misto; pongono cioè certe condizioni di forma, ma alcune donazioni una volta fatte hanno pieno effetto nonostante l'inosservanza di queste condizioni generali; in Prussia le promesse di donazione devono esser regi-

(1) Windscheid, *op. cit.*, §§ 367, 368, n° 11.

strate dall'autorità giudiziaria: le accettazioni non sono sottoposte a nessuna formalità; un contratto extragiudiziario anche per iscritto non conferisce nessuna azione, ma quando una cosa mobile od una somma di danaro è stata effettivamente consegnata al donatario, il donatore non ne può reclamare la restituzione; se si tratta d'immobili messi realmente in possesso del donatario, la donazione è valida se fatta per atto scritto anche extragiudiziario (1). In Austria pure: o c'è la tradizione e vale una donazione verbale o per scrittura privata (§ 943), o senza tradizione, è necessario l'atto notarile (2). In Inghilterra per la donazione di cose mobili (*gift and delivery*), non occorre nè *deed*, nè atto scritto, basta la consegna della cosa; per gli immobili la forma comune, il *deed of grant* (3). Pressochè lo stesso anche in Russia dove per le donazioni d'immobili è necessaria la solita forma del trasferimento di proprietà immobiliare, per i mobili basta la tradizione; non occorre che la donazione sia constatata per iscritto, tranne in certi speciali casi. Secondo il Codice baltico infine per gli immobili vige la stessa regola del diritto russo e in Curlandia se la donazione eccede 75 rubli deve esser fatta avanti all'autorità giudiziaria (4).

2. I conflitti che in principal modo si presentano relativamente alla donazione sono occasionati dalla forma solenne che in alcuni Stati per essa è richiesta: la donazione fatta da un italiano e da un francese per scrittura privata in uno Stato che ammette questa forma sarà valida in quel paese e nella patria del donante? Gli argomenti per altri casi (5) esposti onde sostenere che l'essere un negozio giuridico solenne secondo la legge nazionale dell'agente, non deve esser d'ostacolo alla applicazione ad esso della regola *l. r. a.*, ci inducono ad ammettere la piena validità di una donazione fatta non solennemente da un italiano in Germania o in Inghilterra: soluzione cui ormai tende la quasi unanime dottrina (6) e giurispru-

(1) Landrecht prussiano, I, 11, §§ 1063-1069. Vedi Lehr, *Dr. civ. german.*, n° 840 e sent. 26 giugno 1873, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 286.

(2) Legge 25 luglio 1871, n° 76. Cfr. Unger, *op. cit.*, § 96.

(3) Lehr, *Dr. civ. anglais*, n[i] 625 e 389.

(4) Lehr, *Dr. civ. russe*, n[i] 1352, 1355, 1357; Leuthold, *op. cit.*, pag. 127.

(5) Vedi parte gen., cap. iv, n° 3; parte speciale, cap. ii, n[i] 5 e 7.

(6) Catellani, *op. cit.*, cap. v, n° 476; Agnetta Gentile, *Della donaz. per dir. pr. internaz.*, cap. ii, pag. 121; Demolombe, *op. cit.*, vol. I, n° 106; Despagnet, *op. cit.*, n° 523; Audinet, *op. cit.*, n° 683; Merlin, *Rép.*, v° *Donation;* Aubry

denza (1). Non manca tuttavia chi (2), calcolando la solennità dell'atto di donazione come un elemento sostanziale di validità, non vuole applicata la *lex loci* che per determinare quale sia il modo di dare autenticità all'atto e non per stabilire il genere di forma. Notevole fra questi il Laurent il quale, fedele al suo principio che la regola nostra non sia applicabile agli atti solenni, ripete anche per la donazione che quando sia fatta da francesi per scrittura privata, si ha in essa un vizio di forma producente non solo la nullità della scrittura, ma ancora la nullità o meglio ancora la inesistenza della donazione, che « il vizio non è per vero dire nella forma, ma *è nel consenso*, ciò che evidentemente riguarda la sostanza, perchè nei contratti solenni il consenso non esiste se non quando è espresso nelle forme volute dalla legge e quando tali forme non sono state osservate, non c'è consenso e perciò non c'è contratto » (3). Ma poi quando si tratta di decidere quale sia la legge che dovrà determinare la forma della donazione, il Laurent pende incerto fra quella personale del donatore e quella del luogo di situazione della cosa donata e, mentre alle volte dà la preferenza alla prima, altre volte non esita a preferire la seconda; ed invero prima pensa che la ragione per cui il legislatore ha stabilito la forma solenne sia per avere una garanzia che la liberalità è l'effetto di una volontà libera e di una coscienza illuminata e quindi « la forma essendo connessa col consenso è regolata dalla legge personale », più tardi (4), pensando che il legislatore (con l'impedire o col rendere almeno più difficili mediante la forma

---

et RAU, *op. cit.*, vol. I, pag. 110; DUGUIT, *op. cit.*, pag. 214; PICARD, *op. cit.*, n° 71. *J. D. I. P.*, 1881, pag. 478; PHILLIMORE, *op. cit.*, vol. IV, cap. XXXIII; RORER, *op. cit.*, pag. 289; BAR, *op. cit.*, n° 285; JETTEL, *op. cit.*, § 21. Vedi anche autori citati a pag. 130, nota 1.

(1) App. Firenze, 24 aprile 1888, *Foro*, 88, 1, 496; Cass. francese, 3 maggio 1815, *D. D. I. P.*, v° *Testament-Donation*, n[i] 56-57; Parigi, 11 maggio 1816, *Sir.*, 17, 2, 16 e 22 novembre 1828, *Sir.*, 29, 2, 77; Cass., 29 febbraio 1832, *Sir.*, 32, 1, 120; Tolosa, 11 maggio 1850, *Sir.*, 50, 2, 529; Cass., 22 maggio 1850, *Sir.*, 52, 2, 566 e 11 luglio 1855, *Sir.*, 55, 1, 699 e 18 aprile 1865, *Sir.*, 65, 1, 317. *Contra* per donazione di immobili posti in Francia Cass., 2 aprile 1884, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 77.

(2) DURANTON, *op. cit.*, vol. I, n° 99; DUGUIT, *op. cit.*, pag. 113; BERTAULD, *Quest. doctr.*, vol. I, n° 154; DEMANGEAT, *De la cond. jurid.*, *etc.*, pag. 340; DALLOZ, *Rép.*, v° *Lois*, n° 417. Vedi inoltre autori citati a pag. 132, nota 3.

(3) LAURENT, *Princ. dr. civil*, vol. I, n° 99; *op. cit.*, vol. II, n[i] 240, 241.

(4) Cfr. i passi citati del Laurent con i n[i] 390 e seg. del vol. VI, *op. cit.* Vedi sopra pag. 132, nota 2.

solenne « la seduzione e la captazione che assediano il donante e gli strappano delle liberalità a spese delle famiglie, troppo spesso a vantaggio di congregazioni religiose incapaci a succedere »), abbia avuto di mira più l'interesse sociale che quello personale del donante, il Laurent, contradicendosi conchiude: « i diritti della società sono in causa e perciò stesso lo statuto è reale » (1).

La verità, a nostro avviso, sta nel fatto che non è possibile indagare quale sia stato il solo od il preponderante scopo del legislatore nello stabilire la solennità della donazione e che, anche lo si potesse chiaramente sapere, sarebbe erroneo da ciò trarre delle conseguenze in favore o contro l'applicazione della regola nostra: il legislatore lo avrà fatto e per l'interesse dell'individuo e per l'interesse della società, coincidenti in questo caso, perfettamente; ma si sapesse anche che suo scopo è stato unicamente l'uno o unicamente l'altro, da ciò nessun nuovo elemento ci sarebbe dato per la soluzione della questione che ci occupa: è certo p. es. che nello stabilire che il matrimonio in Italia sia un atto civile solenne il nostro legislatore ha avuto di mira e l'interesse delle parti e quello della società; ma si potrebbe forse per questo sostenere che gli italiani all'estero non possono validamente unirsi in matrimonio se non con la forma civile? Le contradizioni, le incertezze del Laurent sono appunto una prova manifesta del vizio logico nel porre le premesse.

Per noi, e non ci stanchiamo di ripeterlo, l'essere una forma solenne non muta ciò che è forma in sostanza, e, forma restando, va soggetta alla *lex loci actus*.

Non bisogna tuttavia dimenticare che di fronte al diritto francese la questione può presentarsi in modo differente che di fronte al diritto italiano: in questo abbiamo una disposizione di legge che sancisce la regola *l. r. a.*, in quello no, non solo, ma sta il fatto che nel primitivo progetto del Codice Napoleone si trovava un articolo così concepito: « Un français, qui, se trouvant en pays étranger, veut donner entre vifs, soit à un français, soit à un étranger, doit en faire dresser acte public et authentique, avec les formalités usitées dans le lieu où l'acte a été passé et se conformer, au surplus,

(1) Il von Bar si dimostra giustamente contrario assolutamente a tale soluzione: « Abgesehen, egli scrive, von der Regel *l. r. a.*, besteht kein Grund, die Schenkung einem anderen örtlichen Rechte als dem Personalstatut des Schenkers, zu unterwerfen », *op. cit.*, loc. cit.

aux lois françaises »; articolo che, a quanto riferisce il Fenet (1), fu tolto dalla redazione definitiva non già come contrario ai principii, ma come inutile, perchè la soluzione che consacrava si calcolava come derivante naturalmente dai principî generali; ad ogni modo, se la regola *l. r. a.* non è stata in termini generali sancita dal legislatore francese, è stata però consacrata da una costante giurisprudenza, la quale ha completamente la nostra approvazione quando, come fa, la applica anche alla forma della donazione.

Non così pensa il Fiore (2) il quale crede che « per la soluzione della questione dinanzi alla legge nostra sia necessario riflettere che, avendo il legislatore disposto che la sostanza delle donazioni debba essere regolata dalla legge nazionale dei disponenti, se si trattasse di una donazione fatta da un italiano o da uno straniero di un paese, la cui legge fosse conforme alla nostra, il consenso non si potrebbe ritenere validamente manifestato, se non quando la donazione fosse fatta con atto pubblico. Qualora poi mancasse nella legislazione del donante una disposizione conforme a quella dell'art. 1056 del Codice nostro, riteniamo che la donazione con atto privato nelle forme prescritte dalla legge locale sarebbe valida, anche per gli immobili situati nel regno »; in conclusione sostiene la prevalenza della legge personale perchè quando questa per la donazione richiede l'atto solenne, il consenso non si può ritenere validamente manifestato per mezzo di atto privato e perchè secondo il nostro Codice la sostanza delle donazioni deve esser regolata dalla legge nazionale dei disponenti; argomenti che siamo dolenti non possano persuaderci; quanto al primo abbiamo altrove (3) esposta l'opinione nostra contraria, e quanto al secondo non ci sembra che l'essere la sostanza della donazione regolata dalla legge nazionale, possa per nulla influire a far regolare dalla stessa legge anche la forma.

Concludiamo dunque che anche per la donazione sarà applicabile la regola nostra. Ciò tuttavia non basta a togliere completamente tutti i dubbi, a risolvere tutte le questioni che si possono presentare: esaminiamole brevemente.

Il Cod. francese, come qualche altro, dopo aver stabilito la forma solenne della donazione, aggiunge: « et il en restera minute, sous

---

(1) Fenet, *Recueil*, vol. XII, pag. 355, 370.
(2) Fiore, *op. cit.*, n° 238.
(3) Vedi parte generale, cap. IV, n° 3.

peine de nullité »; non c'è dubbio che la mancanza di queste formalità in una donazione fatta da un francese per atto notarile in Italia, non potrà essere opposta in Francia per ottenere l'invalidità della donazione; ma se un italiano facesse in Francia una donazione per atto notarile e di essa non ne restasse « minute » potrà esser questa una ragione per dichiarare nullo il negozio giuridico? Se il donatore fosse pure italiano dovremmo rispondere negativamente: ed invero, siccome due italiani all'estero possono fare i loro atti con la forma personale, si potrà sempre sostenere ch'essi vollero seguire in Francia la prescrizione dell'art. 1056 Codice nostro, che fecero perciò l'atto per mezzo di notaio, ma che nè questi, nè la parte osservarono completamente la disposizione dell'art. 931 Cod. francese, perchè la mancanza della minuta dell'atto di donazione non toglie all'atto stesso il carattere di autentico e col semplice atto notarile si è sufficientemente prestato omaggio alla legge italiana: non così dovrebbe essere la soluzione se in una donazione fatta in Francia il donante fosse italiano e il donatario austriaco: non si potrebbe in tal caso invocare l'eccezione stabilita dall'art. 9, non essendo le parti connazionali, e la legge francese dovrebbe essere in tutte le sue disposizioni, relative alla forma, strettamente osservata.

Quanto alla forma dell'accettazione della donazione saranno applicabili gli stessi principii che alla forma della donazione stessa: potrà esser fatta o nello stesso atto o con atto posteriore, per atto pubblico o per scrittura privata, secondo che la *lex loci* stabilisce: non solo, ma se come stabilisce la legislazione prussiana e la giurisprudenza austriaca (1), la validità di una donazione non è subordinata all'accettazione per iscritto del donatario, crediamo che questa forma verbale sia sufficiente anche per donazioni fatte da stranieri cui la legge personale richiede la forma autentica o almeno scritta (2). Se l'accettazione poi vien fatta da un mandatario del donatario non crediamo necessaria la forma autentica del mandato da alcuni Codici richiesta, se nel luogo in cui vien fatto il mandato non è necessario che sia redatto da un pubblico ufficiale (3).

(1) Sentenza del 9 giugno 1874, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 32.

(2) *Contra* Duguit, *op. cit.*, pag. 114.

(3) Cassaz. Napoli, 24 marzo 1874, *Legge*, 74, 200 e 20 luglio 1876, *Ibid.*, 76, 1, 793. In Francia la questione, controversa per gli atti anteriori alla legge del 21 giugno 1843 è risolta dalla maggioranza dei giuristi nel senso a noi contrario, nel senso cioè della necessità di una procura per atto autentico senza

Da alcune legislazioni, relativamente alla donazione, sono stabilite certe norme che alle volte, almeno inesattamente, a nostro avviso, sono calcolate come appartenenti alla forma e perciò sottoposte alla regola nostra.

Così, ad esempio, una sentenza francese dichiarò valida una donazione fatta in Francia, da stranieri, secondo la forma francese, anche non avendo le parti osservato certe prescrizioni della legge straniera « *n'intéressant que la forme*, telle est l'omologation qui était exigée par la loi étrangère » (1). Non sappiamo, nel caso giudicato dai tribunali francesi, a che Stato appartenessero gli stranieri e che cosa la legge di questo Stato intendesse per omologazione: potrebbe darsi in fatto che questa fosse una semplice formalità, allo scopo di dare maggiore solennità all'atto e che il giudice fosse *obbligato* a darla; e in tal caso evidentemente non sarà obbligatoria per gli stranieri in Francia, e lo sarebbe invece per i francesi in codesto paese straniero; ma se, per es., i due stranieri fossero stati chileni, crediamo che una retta interpretazione dell'art. 1041 del Cod. civ. del Chilì non potrebbe condurre alla conclusione che « l'omologation n'intéresse que la forme »; ed invero quell'articolo dispone: « La donazione fra vivi che non si insinui, avrà effetto soltanto per il valore di due mila *pesos* e sarà nulla nell'eccesso. Si intende per insinuazione l'*autorizzazione* del giudice competente sollecitata dal donante o dal donatario ». Ora se in base a questo articolo il giudice chileno ha la potestà di concedere o di rifiutare l'autorizzazione, secondo che a lui sembri opportuna o meno la donazione; quest'insinuazione od omologazione che dir si voglia non è più un elemento formale ma un elemento sostanziale di validità, facendo entrare il giudice nel consenso: perciò obbligatorio per i chileni sempre, si trovino all'estero o in patria. È un caso questo che ha molta analogia con quello più su esaminato a proposito dell'approvazione dell'adozione da parte dell'autorità giudiziaria e con gli stessi principii deve essere risoluto.

Circa al valore obbligatorio o facoltativo della regola nella sua

---

distinguere fra quella del donatore e quella del donatario, sebbene così il Codice francese (art. 933) come l'italiano (art. 1058) non ne contengano l'espressa esigenza che per il mandato emanante dal donatario. È da notare però che la legge del 1843 ha risolta la questione nello stesso senso. Cfr. DEMOLOMBE, *Donat. et testam.*, III, n[i] 29, 30 e 160; AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 659.

(1) Grenoble, 25 agosto 1848, *Dalloz*, 49, 2, 249.

applicazione alla forma della donazione dovremmo ripetere quanto abbiamo più volte detto, specialmente intorno al contratto di matrimonio. Di fronte però all'art. 9 Disp. prel. l'Agnetta Gentile (1) crede che la forma della legge italiana possa essere seguìta dai nostri concittadini dell'estero anche nel caso in cui il solo donatore sia italiano. All'Agnetta sembra che coll'eccezione stabilita dall'art. 9 debba ritenersi compreso in essa il caso di quei contratti nei quali una sola delle parti assume l'obbligazione, ossia i contratti unilaterali: « la medesima ragione, egli scrive, che fa eccettuare i contratti che i connazionali stringono all'estero, deve fare includere in essa eccezione quegli altri contratti che dopo tutto contengono l'espressione di una sola volontà: non che nei contratti unilaterali sia una sola la parte contraente, ma quell'altra che vi sta per la sola accettazione non ha influenza nè di lei si tien conto ». Applicando tale concetto alla donazione egli distingue la donazione semplice dall'onerosa: la prima, essendo « un contratto unilaterale, nel quale tutta l'azione si concentra quasi esclusivamente nel solo donante » potrà essere fatta all'estero secondo la forma nostra quando il solo donante sia italiano, anche se il donatario è straniero; se invece la donazione fosse onerosa « allora il contratto diventa sinallagmatico e bisogna attendere ad entrambe le parti tra cui si stringe il vincolo di diritto. Se donante e donatario non fossero *unius civitatis cives* dovrebbero uniformare l'atto di donazione alla legge del luogo dove esso si celebra ».

Non possiamo in alcun modo accettare nè le premesse, nè le conclusioni dell'Agnetta e non occorre spender molte parole per dirne le ragioni: egli parte da un errato concetto di che cosa sia la donazione: per lui l'accettazione è poco men che inutile: se fosse vero che nella donazione non si avesse che un *disponente*, il donatore, se fosse ammissibile che « il donatario che vi sta per la sola accettazione non ha influenza, nè di lui si tien conto », potremmo accostarci alla teoria dell'Agnetta; ma siccome e secondo il Codice nostro e secondo ogni altra legislazione la donazione non è perfetta, non produce effetti se non con l'accettazione, è evidente che questa ha altrettanta influenza sull'esistenza del negozio giuridico, è altrettanto importante e necessaria quanto la manifestazione di volontà del donante. « Ma, infine, il donatario, continua l'Agnetta, non è altro che quel termine in cui diviene concreta ed effettuale, o in cui si personifica l'intenzione del

(1) Agnetta Gentile, *op. cit.*, pag. 126 e seg.

beneficare che è la causa del contratto di donazione »; e che perciò? di codesto *termine* è o non è necessaria l'accettazione? occorre o non occorre ch'egli manifesti la sua volontà d'esser beneficato? Se sì, egli è parte contraente: e se è contraente, solo nel caso in cui appartenga allo stesso Stato del donante, potrà seguire la forma nazionale comune ad ambedue, senza distinguere se sia o non sia onerosa la donazione.

Forse ciò che sostiene l'Agnetta potrebbe trovare applicazione alle donazioni revocabili o per causa di morte, se fossero ammesse dal nostro Codice; ma di queste come delle donazioni congiuntive meglio diremo trattando dei testamenti.

Un ultimo conflitto può nascere fra quelle legislazioni come le germaniche e alcune americane che determinano in relazione al valore della cosa donata la forma dell'atto: come abbiamo veduto nel Messico le donazioni superiori a 300 *pesos* devono farsi per atto autentico e nel Guatemala invece solo quelle superiori a 500: se un messicano dona ad un suo concittadino, mentre si trovano nel Guatemala, una cosa del valore di 400 *pesos*, potrà validamente fare la donazione per scrittura privata? La risposta affermativa è una diretta e necessaria conseguenza della nostra teoria: la legge del luogo determina così la forma dell'atto, come a quali atti essa possa esser applicata, salve naturalmente le eccezioni in favore della legge nazionale o di altra, stabilite dai diritti positivi.

Non possiamo infine chiudere questo paragrafo alla donazione relativo senza ricordare che la Conferenza dell'Aja ha approvato il sistema al nostro contrario: l'art. 3 delle Disp. concernenti le successioni dice: « La forme des testaments et des donations est réglée par la loi du lieu où ils sont faits. Néanmoins, lorsque la loi nationale du disposant exige comme condition substantielle, que l'acte ait ou la forme authentique, ou la forme olographe, ou telle autre forme déterminée par cette loi, le testament ou la donation ne pourra être fait dans une autre forme ». Rimandiamo le osservazioni intorno a questo articolo al punto in cui trattiamo delle disposizioni d'ultima volontà.

3. La varietà di forme dei testamenti nelle molte legislazioni non è grandissima, ma tale sempre da dare occasione a numerosi conflitti.

Il Codice nostro ammette il testamento olografo e quello per atto di notaio: e questo pubblico o segreto (art. 774-788); queste tre

forme che il nostro legislatore stabilì quasi esattamente (1) uniformandosi al Cod. francese (art. 967-980) sono ammesse nei paesi a diritto francese, e in Spagna (art. 676-715); il Cod. portoghese riconosce le due forme di testamento pubblico e segreto per atto di notaio ma non l'olografo (art. 1910-1943); nei Paesi Bassi troviamo le tre forme nostre (art. 977-1000) ma con questa notevole differenza che, mentre per noi come per la Francia e gli altri Stati sopra citati il testamento olografo è quello semplicemente scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore, nei Paesi Bassi è necessario inoltre che il testamento sia depositato presso un notaio in presenza di testimoni e che il notaio faccia l'atto di deposito: « un semplice atto per scrittura privata scritto per intero dalla mano del testatore, datato e firmato, basterà, senza altre formalità delle disposizioni testamentarie, ma unicamente per la nomina di esecutori, l'ordine pel seppellimento, i legati di vestiti, di gioie o di mobili determinati » (art. 982); in Grecia, oltre alle tre forme ammesse dal diritto nostro, si riconosce valore anche al testamento verbale fatto in pericolo di morte davanti a 5 testimoni; l'olografo poi deve trovarsi fra le carte del testatore e non in mano di terzi (2): in Rumania il Codice (art. 858-867) riproduce le disposizioni del diritto francese con la differenza che da notaio funge l'autorità giudiziaria: in Serbia il testamento può essere scritto davanti a tre testimoni o dal testatore o da altri per suo incarico; verbale davanti a cinque testimoni e infine giudiziario, pubblico e segreto (art. 1124 e seg.); nel Montenegro i testamenti sono o olografi o verbali e questi davanti a due testimoni (3): in Russia troviamo i testamenti ricevuti pubblicamente dall'autorità giudiziaria (4); quelli ricevuti da un notaio o a questo semplicemente consegnati chiusi (5) e quelli così detti domestici,

(1) Sarebbe troppo lungo e inutile anche riferire tutte le disposizioni legislative intorno al numero dei testimoni, alle formalità della consegna al notaio, ecc. ecc. A quelle sole accenniamo che possono avere importanza per noi. Così pure crediamo inutile riferire le forme dei testamenti speciali, militari, o in mare, ecc.

(2) Saint-Joseph, *Concordance*, t. II, pag. 308; Jovanovic, *Ueber die Gesetzgebung in Griechenland*, *Z. I. P. R.*, vol. II, pag. 363.

(3) Popovic, *Recht und Gericht in Montenegro*, pag. 47.

(4) Art. 1013 Cod. civ.

(5) Solo però in quelle provincie dell'Impero dove è in vigore la nuova procedura civile: *Ukase* del 5 aprile 1869.

scritti dal testatore o da un terzo, ma dal testatore firmati in presenza di testimoni; fra questi e i primi la differenza consiste nel fatto che con un testamento domestico non si possono fare neppure quelle poche disposizioni relative ai beni immobili che la legge russa permette. In Estonia, Curlandia e nelle campagne della Livonia è ammesso pure il testamento giudiziario pubblico o segreto e quello privato, scritto o verbale in presenza di testimoni: nelle città della Livonia infine il testamento ricevuto verbalmente o per iscritto dal segretario della città, e in qualche paese anche il testamento privato in presenza di testimoni, scritto o verbale (1).

Nella Svizzera troviamo quasi altrettante differenti disposizioni circa alla forma dei testamenti quanti sono i cantoni: nell'Appenzell è valido il testamento scritto e dal testatore firmato (non è necessario che sia scritto di suo pugno): pure sono valide le disposizioni espresse a voce dal testatore ad uno o più testimoni onorabili e disinteressati, i quali dovranno portare a conoscenza della autorità competente tali disposizioni d'ultima volontà (2); nel cantone d'Argovia esiste il testamento giudiziario pubblico e segreto, l'estragiudiziario redatto da un avvocato, notaio o cancelliere, e il verbale in presenza di tre testimoni, il quale però è valido solo per 30 giorni dal momento in cui è stato fatto (3); a Basilea campagna le disposizioni d'ultima volontà devono esser olografe o redatte da un pubblico ufficiale del distretto (*Bezirksschreiber*) in presenza di due testimoni, o in caso di necessità davanti a soli due testi (4) e a Basilea città è ammesso pure l'olografo e il notarile pubblico (5); a Berna, nuovo cantone, vige il diritto francese; nel vecchio cantone è permesso il testamento olografo che deve essere scritto, datato e firmato da testatore in presenza di due testimoni, ai quali non è necessario far note le disposizioni, ma che devono certificare alla fine dell'atto che il testatore, sano di mente, aveva loro dichiarato che quello scritto conteneva il suo testamento e aggiungere la data di luogo e di tempo: è pure ammesso il testamento notarile, che è o redatto dal notaio o

(1) Lehr, *Dr. civ. russe*, vol. II. n[i] 596-622; Leuthold, *op. cit.*, pag. 90 e seg. e Serebriany, *Du droit pour les russes, etc.*, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 359.

(2) Legge 30 aprile 1865, art. 6.

(3) Cod. civ., 31 agosto 1847, art. 925-934.

(4) Legge del 20 aprile 1891, *Z. I. P. R.*, vol. II, pag. 519 e *A. L. E.*, 1891, pag. 688.

(5) Legge 10 marzo 1884, art. 56, *A. L. C.*, 1884, pag. 546.

firmato e approvato dal testatore, nel qual caso i due testimoni richiesti compiono semplicemente le formalità stabilite per l'olografo, senza aver nozione del contenuto, oppure non è firmato dal testatore, e allora un testimonio deve leggerlo in presenza dell'altro e far menzione di ciò alla fine dell'atto (1); nel cantone di Friburgo si può testare o per atto notarile pubblico, o per forma olografa, dovendo però essere scritto, datato e firmato di pugno del testatore in presenza di due testimoni e di un notaio e consegnato al notaio che deve compiere alcune formalità, quasi identiche a quelle richieste per il nostro testamento segreto; si può pure testare verbalmente in caso d'urgenza e in mancanza di notaio, ma è valido solo per 30 giorni (2); a Ginevra vigono, per le successioni testamentarie, le leggi francesi; nel cantone di Glaris il testamento è olografo o ricevuto pubblicamente davanti a un testimonio dall'autorità amministrativa (presidente del comune o membro del Landrath) (3); nei Grigioni il testamento è o giudiziario, consegnato a un ufficio di Circolo del cantone, o estragiudiziario scritto, quando il testatore lo scrive in presenza di tre testimoni, oppure in loro presenza conferma le proprie disposizioni scritte da un terzo, e infine estragiudiziario verbale, in pericolo di morte, in presenza di tre testimoni, che cessa d'esser valido tosto che il testatore riacquista la possibilità di testare per iscritto (4); a Neuchâtel il testamento è olografo o notarile pubblico o nuncupativo e questo valido solo per sei settimane (5); a San Gallo olografo, verbale davanti a quattro testimoni e valido solo per un certo tempo, dopo di che deve essere trasformato in testamento scritto e ufficiale o autentico ricevuto dall'autorità amministrativa (6); a Sciaffusa olografo, che deve essere consegnato aperto o chiuso al presidente dell'autorità tutelare del domicilio, pubblico ricevuto da uno scrivano giurato in presenza di testimoni e orale, in pericolo di morte, e valido solo quattro giorni dopo che il testatore ha riacquistata la possibilità di fare un testamento scritto (7): in una parte del cantone di Schwitz (distretti di Schwitz, Gersau e Küssnacht) non è

(1) Cod. civ. bernese, art. 561-569.
(2) Cod. civ., 23 maggio 1834, art. 786-804.
(3) Cod. civ. del 1870, art. 338-341.
(4) Cod. civ. del 1862, art. 503-506.
(5) Cod. civ. del 1854-55, art. 710-715.
(6) Legge del 1808 modificata nel 1819 e 1832, art. 64-92.
(7) Cod. civ., 1° settembre 1865, art. 1925-1937.

lecito disporre, per causa di morte, dei beni ricevuti per eredità: degli altri beni si può disporre, ma è necessario il consenso degli eredi e dell'autorità giudiziaria: non si fanno quindi quasi mai testamenti, ma invece donazioni fra vivi; in altra parte del cantone (Eisiedeln, March, Reichenburg, Wollerau e Pfäffikon) si può disporre di tutti i beni davanti a un pubblico scrivano o ad un notaio ma, pare, sotto riserva della ratifica del tribunale (1); a Soletta il testamento è olografo, oppure notarile pubblico (2); nel cantone Ticino olografo, per atto di notaio pubblico, e segreto (3); nel cantone di Turgovia, oltre al testamento olografo, fatto nello stesso modo che a Berna, nuovo cantone, è conosciuto pure l'autentico davanti a un notaio o giudice di pace o scrivano del distretto (4); ad Unterwald basso ogni testamento dev'essere redatto per iscritto o dal testatore o da altri, sempre in presenza di due testimoni (5); ad Unterwald l'alto il testamento orale è permesso soltanto per alcune specie di legati: le disposizioni testamentarie di tutti i beni devono essere ricevute da autorità amministrative del cantone; nel cantone di Uri il legato (sola disposizione d'ultima volontà permessa) deve essere olografo o per atto di pubblico ufficiale (6); nel Vallese il testamento può essere olografo e deposto nelle mani del notaio in presenza di due testimoni, pubblico per atto di notaio e privilegiato (per condizioni speciali quando le comunicazioni sieno intercettate e dove non esista notaio) ricevuto per iscritto con due testimoni dal curato, dal presidente e dal giudice del comune, e valido solo per trenta giorni dopo il ristabilimento delle comunicazioni (7); nel cantone di Vaud olografo o pubblico per atto di notaio (8); nel cantone di Zug olografo, scritto, datato e firmato dal testatore o scritto da altri sempre in presenza dei testimoni; tutte le firme devono essere legalizzate e i testamenti deposti chiusi al Consiglio comunale o presso il cancelliere del tribunale (9); finalmente nel cantone di Zurigo il testamento può essere olografo e consegnato

---

(1) Lardy, *Les législat. cantonales, etc.*, pag. 188-199.
(2) Cod. civ., 1841-1842, art. 559-560.
(3) Cod. civ., 1° giugno 1837, art. 388-401.
(4) Legge 17 giugno 1839 modificata l'11 febbraio 1867, art. 67-69.
(5) Legge 22 febbraio 1859, art. 242.
(6) Legge 4 maggio 1873, § 8.
(7) Cod. civ., 1° dicembre 1853, art. 621-639.
(8) Cod. civ., 1819-1821, art. 648-659.
(9) Cod. civ., 1° gennaio 1876, art. 318 e seg.

ad un notaio, oppure pubblico per atto di notaio; in caso di pericolo di morte è permesso il testamento verbale, valido finchè il testatore abbia riacquistato la possibilità di farlo in forma ordinaria (1).

Varietà di forme testamentarie troviamo anche in Germania; il testamento privato del diritto Romano coi suoi sette testimoni è conosciuto solo nel Würtemberg, in Amburgo, a Francoforte e in qualche altro paese (2). La maggior parte delle legislazioni moderne germaniche istituiscono molte forme di testamenti pubblici o privati; i testamenti pubblici sono o giudiziali o estragiudiziali, nei primi il testatore o dichiara la sua volontà davanti al giudice che ne fa processo verbale (*testamentum in jure conditum*) o consegna al giudice il proprio testamento chiuso (*testamentum judici oblatum*); ciò in Prussia, in Sassonia, in Baviera, nel Würtemberg (3); un'altra forma di testamenti pubblici, oggi molto comune in Germania, è quella del testamento per atto di notaio pubblico o segreto (4); i testamenti privati in Germania sono o verbali, come in Sassonia (5), o scritti, e questi o olografi nei paesi a diritto francese, o scritti e chiusi dal testatore in presenza di sette testimoni nei paesi a diritto comune (6), o di cinque testimoni in Sassonia; le forme dei paesi germanici si riproducono anche in Austria dove troviamo il testamento giudiziale pubblico o segreto, il testamento notarile pubblico o segreto, il testamento olografo nel quale non è strettamente necessario che sia espresso il giorno, l'anno, il luogo della dichiarazione, il testamento in presenza di tre testimoni, scritto da un terzo e firmato dal testatore, e finalmente il testamento nuncupativo (7). In Svezia il testamento può essere olografo, oppure scritto in presenza di tre testimoni, o verbale pure in presenza dello stesso numero di testimoni (8); in

(1) Cod. civ. del 1887, art. 995-1009.

(2) Landrecht del Würtemberg, III, 1, § 2, Stadtrecht di Amburgo, III, 1, 3, di Francoforte, IV, 1, § 4.

(3) Landrecht prussiano, I, 12, § 66 e seg., bavarese, III, 4, § 2 e seg., würtemberghese, III, 3, § 2 e seg. Cod. sassone, art. 2092 e seg.

(4) Cod. sassone, art. 2108. Landrecht del Würtemberg, III, 3, § 10.

(5) Cod. sassone, art. 2100.

(6) WINDSCHEID, *op. cit.*, § 541. Per tutte queste disposizioni delle legislazioni germaniche vedi anche BOEHM, *op. cit.*, vol. I, §§ 27-50 e KRAH, *Die Erbschafsregulirung, etc.*, § 14.

(7) Cod. civ. gen., §§ 577-600 e legge sul notariato, 21 luglio 1871, § 70 e seg.

(8) SAINT-JOSEPH, *Concordance*, vol. III, pag. 516; BOEHM, *op. cit.*, vol. I, § 23, pag. 157.

Norvegia possono essere olografi, notarili pubblici o segreti, o verbali in pericolo di morte (1); anche in Danimarca è ammesso il testamento per atto di notaio e il verbale, non così l'olografo (2). In Inghilterra il testamento di diritto comune, secondo il *Wills Act* del 1837, deve essere esteso per iscritto e firmato o dal testatore o da un'altra persona in sua presenza e sotto la sua direzione, la firma deve essere posta o riconosciuta dal testatore in presenza di almeno due testimoni (3). Pressochè identica la forma testamentaria nelle Indie orientali inglesi (4).

In America il Codice argentino e il Codice del Paraguay identico all'argentino ammettono le tre forme stabilite dal nostro legislatore (art. 3639, 3665). Nell'Uruguay il testamento solenne aperto corrisponde al nostro pubblico per atto di notaio; il testamento solenne chiuso corrisponde al nostro segreto ed oltre a queste due forme è ammesso, solo in caso di pericolo di morte, il testamento meno solenne, redatto per iscritto davanti a testimoni e valido solo per 180 giorni (art. 755, 774). Nel Guatemala le due prime forme ammesse nell'Uruguay sono pure riconosciute, inoltre potrà il testatore scrivere le proprie volontà davanti a cinque testimoni (art. 766, 783). Al Chilì il testamento solenne aperto è quello che si fa avanti il competente scrivano e tre testimoni o davanti a cinque testimoni; il giudice di prima istanza potrà fare le veci dello scrivano; il testamento solenne chiuso corrisponde al nostro segreto, e il testamento privilegiato o verbale in causa di pericolo di morte davanti a tre testimoni è valido solo per trenta giorni (art. 999, 1039); lo stesso anche in Columbia (art. 1064, 1093). Nel Salvador hanno valore solo le disposizioni d'ultima volontà ricevute da un notaio o da un giudice (5). A Costarica, oltre a questi due testamenti, valgono anche quelli verbali (6),

---

(1) Legge 31 luglio 1854 in Boehm, *op. cit.*, vol. II, § 23, pag. 125.

(2) Saint-Joseph, *op. cit.;* Boehm, *op. cit.*, loc. cit. e *Z. I. P. R.*, vol. I, pag. 230 e Paulsen, *Modificat. introd. par le décr. 21 mai* 1845, *etc.*, *Revue de lég. et de jurispr.*, 1843, pag. 187.

(3) Lehr, *Dr. civ. anglais*, n° 925; Inhuelsen, *Deutschland in prakt. Berührungen, etc.*, *Z. I. P. R.*, vol. III, pag. 2; *J. D. I. P.*, 1875, pag. 252. Dal 1° ottobre 1874 non sono essenzialmente necessari i due testimoni quando il testamento sia olografo. Catellani, *op. cit.*, n° 739.

(4) *Z. I. P. R.* vol. III, pag. 467.

(5) Cod. civ., art. 990-992 in Boehm, *op. cit.*, vol. II, § 26, pag. 161.

(6) Cod. civ., art. 464-466 in Boehm, *op. cit.*, loc. cit., pag. 162.

e così anche in Bolivia (1); nella Repubblica domenicana vigono le disposizioni del Codice di Napoleone; in quella d'Haïti è ammesso il testamento notarile e quello olografo (2); in Venezuela vigono le identiche disposizioni che nel Codice nostro; nella Repubblica dell'Equatore sono ammessi solo i testamenti notarili; nel Perù, oltre a questi, i testamenti verbali in caso di necessità. Al Messico sono riconosciute le due solite forme di testamento pubblico per atto di notaio e segreto, e il testamento verbale in casi di necessità (art. 3750-3815); nel dominio del Canadà il testamento notarile o autentico, quello olografo e quello per iscritto davanti a tre testimoni derivato dal testamento di diritto comune inglese (art. 842). Negli Stati Uniti dell'America del Nord ha vigore la forma testamentaria inglese con un testimonio di più, quando il testamento non sia olografo (3). Nel Giappone infine il legislatore ha accolto le tre forme del diritto francese (art. 368, 371).

4. È stata probabilmente questa grande varietà di forme testamentarie che ha indotto molti legislatori a non credere sufficienti, per il regolamento internazionale della forma dei testamenti, le norme generali intorno alla forma degli atti, come ha fatto il nostro; ed invero in moltissimi Codici noi troviamo speciali articoli, destinati a determinare il modo in cui il cittadino può validamente testare all'estero e più raramente come lo straniero possa testare nel territorio.

Ha cominciato il legislatore francese (4): « Un français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art. 970; ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé » (art. 999). Disposizione riprodotta, oltre che nei molti Stati a diritto francese, dal Landrecht badese (5), da molte legisla-

---

(1) Cod. civ., art. 662 in Boehm, *op. cit.*, loc. cit., pag. 164.

(2) Cod. civ., art. 778 in Boehm, *op. cit.*, loc. cit., pag. 163.

(3) Catellani, *op. cit.*, cap. v, n° 739 e *J. D. I. P.*, 1887, pag. 757. Nella Carolina del Nord, nel Tennesee, nell'Arkansas occorrono tre testimoni anche se olografo. Nella Luigiana hanno vigore le forme francesi.

(4) Riportiamo qui soltanto le disposizioni legislative *speciali* alla forma del testamento all'estero: per norme generali sulla forma degli atti, che naturalmente trovano applicazione anche ai testamenti ove manchi una norma a questi particolare, vedi parte generale, cap. v. Dei principii stabiliti dalla giurisprudenza o in mancanza di qualsiasi disposizione legislativa o nella interpretazione di essa teniamo conto nel seguito di questo capitolo.

(5) Savigny, *op. cit.*, vol. VIII, § 382.

zioni cantonali svizzere, come vedremo, e recentemente dal Codice giapponese (art. 380), il quale inoltre dispone anche degli stranieri in Giappone concedendo loro di testare o nella forma giapponese o nella forma personale (art. 382) (1).

Pure concedendo ai cittadini all'estero di fare il testamento nella forma olografa personale, lasciano loro tuttavia perfetta libertà di seguire una od altra forma locale, il legislatore spagnuolo ed il boliviano: « Gli spagnuoli, stabilisce il primo, potranno testare fuori del territorio spagnuolo sottomettendosi alle leggi del paese, in cui si trovano; potranno egualmente testare in alto mare su nave straniera, sottomettendosi alla leggi del paese al quale questa nave appartiene; potranno ancora fare un testamento olografo conforme all'art. 488 senza l'obbligo di carta bollata, ancorchè questa forma di testamento non sia riconosciuta dalle leggi del paese » (art. 732): quanto agli stranieri sola disposizione ad essi relativa quella dell'art. 688: « Gli stranieri potranno fare un testamento olografo nella loro propria lingua »: pressochè la stessa disposizione reca il Codice boliviano: art. 696 « Il boliviano che si troverà in paese straniero potrà fare il suo testamento seguendo una delle forme stabilite nel presente Codice sia davanti un agente diplomatico o consolare della repubblica e due boliviani, sia in presenza di due boliviani solamente, oppure conformandosi alle leggi del paese in cui si troverà ».

Completo omaggio invece alla regola *l. r. a*, prestano la legge greca, 30 febbraio 1830: « Un greco che si troverà in paese straniero potrà fare le sue disposizioni testamentarie per atto olografo o per atto autentico con le forme usitate nel paese in cui quell'atto sarà fatto » (art. 61): esattamente così pure il Cod. rumeno (art. 885): anche il Cod. del Guatemala stabilisce che « un guatemalese in paese straniero potrà fare testamento valido nella forma che stabiliscono e avanti a chi determinano le leggi del paese nel quale il testatore si trova » (art. 759): così anche il Codice della Columbia (art. 1084) e il Codice peruviano (art. 679); nello stesso modo dispone anche il Codice chileno, ma restringendo l'applicazione della regola ai testamenti scritti (art. 1027): « Avrà vigore in Chilì il testamento scritto, fatto in paese straniero se, per quanto riguarda le solennità, si potrà constatare la sua conformità alle leggi del paese, nel quale fu redatto

---

(1) Vedi anche l'art. 381 relativo all'obbligo della registrazione per testamenti fatti all'estero relativi a beni esistenti in Giappone.

e se, inoltre, si proverà l'autenticità dell'istrumento rispettivo nel modo ordinario ».

Un decreto austriaco ed una legge ungherese stabiliscono pure per i testamenti la regola nostra: « in quanto la validità di una disposizione d'ultima volontà dipende dalla sua forma esterna, si dovrà giudicare d'essa secondo le leggi del luogo in cui è stata fatta » stabilisce il decreto austriaco (1), dal cui testo ulteriore si ricava che il testamento fatto secondo la *lex loci actus* ha effetto anche sugli immobili in Austria fatti: nè importa se la forma seguìta sia meno rigorosa e complessa di quella corrispondente austriaca; la giurisprudenza non concede però che solo un valore facoltativo a quella disposizione (2): ed esattamente così anche in Ungheria dove una legge del 1876 reca che: « i testamenti, i patti successorî e le donazioni per causa di morte fatti all'estero sono in riguardo alle loro esterne condizioni (*Erfordernisse*) anche validi se corrispondono alle disposizioni di legge di quel paese, nel quale sono stati fatti » (3).

Limitano invece l'applicazione della regola ai soli testamenti per atto autentico altri Codici; così il messicano (art. 3834): « I testamenti fatti in paese straniero non produrranuo effetti nello Stato se non quando siano stati rogati autenticamente in conformità alle leggi del paese nel quale sono stati fatti »; più brevemente il Codice dell'Uruguay (art. 790): « L'orientale che si troverà in paese straniero potrà testare per istrumento pubblico conforme alle leggi di esso paese », e il Codice portoghese (art. 1961): « I testamenti fatti da portoghesi in paese straniero produrranno effetti nel regno quando si facciano in forma autentica (4) e in conformità alle leggi del paese, nel quale si redigono »; ma mentre limita così l'applicazione della regola alla specie e non al genere di forma testamentaria per i portoghesi all'estero, ammette invece completo l'impero della *lex loci actus* per i testamenti da stranieri fatti all'estero (art. 1965): « Il testamento fatto da un suddito straniero fuori del Portogallo produrrà in questo regno effetti legali con relazione ai beni esistenti dentro al

---

(1) Decreto del 22 luglio 1822 in Jettel, *op. cit.*, § 21 e Vesque von Puetlingen, *op. cit.*, nº 82.

(2) Unger, *op. cit.*, pag. 207; Jettel, *op. cit.*, loc. cit.

(3) Gesetzartikel, XVI, 1876, § 34, *A. L. E.*, 1876, pag. 380; Jettel e Vesque, *op. cit.*, loc. cit. Vedi anche il vecchio Gesetzartikel ungherese, XXIV, del 1729.

(4) Veramente il Codice dice: « en la forma legal »; ma quest'aggettivo « legal » deve evidentemente significare autentico perchè altrimenti le parole seguenti « en conformidad con la ley » sarebbero una inutile ripetizione.

suo territorio, semprechè si ottenga alle disposizioni della legislazione del paese in cui è stato rogato ». Più espressamente ancora di questi Codici quello dei Paesi Bassi vieta ai cittadini all'estero di fare un testamento olografo (art. 902): « Un néerlandais qui se trouvera en pays étranger, ne pourra faire son testament que par acte authentique, en observant les formes usitées dans le pays où cet acte sera passé. Cependant il pourra disposer par acte sous seing privé de la manière déterminée ci-dessus par l'art. 952 ».

Il Codice argentino, vigente anche al Paraguay, segue criteri differenti per giudicare della validità dei testamenti secondo che si tratta di disposizioni fatte da argentini all'estero e da stranieri nell'Argentina, o di disposizioni fatte da stranieri all'estero, ma non all'Argentina (art. 3634): « I testamenti fatti nel territorio della repubblica devono essere in qualcuna delle forme stabilite da questo Codice siano i testatori argentini o stranieri » (art. 3635). « Quando un argentino si trova in paese straniero è autorizzato a testare in qualcuna delle forme stabilite dalla legge del paese nel quale si trova. Questo testamento sarà sempre valido, anche se il testatore ritorna nella repubblica e in qualunque epoca muoia » (art. 3638). « Il testamento di chi si troverà fuori dal suo paese solo avrà effetto nella repubblica se sarà fatto nelle forme prescritte dalla legge del luogo in cui risiede, o secondo le forme che si osservano nello Stato al quale appartiene, o secondo quelle che questo Codice designa come forme legali ». È opportuno inoltre ricordare che il Codice argentino stabilisce che il « testamento olografo può essere scritto in qualunque idioma » (art. 3641); e che « se il testatore non può testare (per atto pubblico) se non in idioma straniero, si richiederà la presenza di due interpreti che ne faranno la traduzione in spagnuolo, e il testamento deve in tal caso esser scritto nelle due lingue. I testimoni devono intendere l'uno e l'altro idioma » (art. 3663). Naturalmente questi due articoli si riferiscono ai testamenti fatti all'Argentina.

La Russia permette ai propri sudditi all'estero di fare un testamento « domestico » secondo le forme locali: per dare all'atto valore di autentico, oltre all'osservanza della forma locale, è necessaria anche la consegna all'agente diplomatico o consolare russo: il regolamento consolare (1) stesso stabilisce che i sudditi russi all'estero

(1) Regolamento consolare, edizione del 1887, art. 12, 4°, 75, 80; *Svod*, art. 1077. Cfr. LEHR, *Dr. civ. russe*, vol. II, n° 627; LEUTHOLD, *op. cit.*, pag. 94; SERéBRIANY, *op. cit.*, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 359.

possono fare un testamento domestico o privato conformandosi alla legislazione del paese che abitano; e se vogliono dare all'atto il carattere di autentico impone la condizione di presentarlo alla legazione o al consolato russo i quali a suo tempo lo mandano all'autorità giudiziaria russa certificando che le forme locali sono state osservate: tuttavia un testamento verbale non sarebbe valido, sebbene ammesso dalla legge del luogo (1): i testamenti fatti nella forma locale e con la presentazione richiesta se concernano immobili situati in Russia devono, per sortire effetti, essere omologati dal tribunale di circondario o del luogo di situazione dei beni o dell'ultimo domicilio in Russia del testatore (Svod, art. 1079).

A criteri in gran parte differenti si informa la legge inglese su questo punto: prima del 1861 un testamento concernente dei beni mobili doveva esser valido secondo la legge del luogo in cui il testatore era domiciliato nel giorno del suo decesso: ma per togliere tutte le controversie che facilmente sorgevano lo St. 24 e 25 Vict. c. 114 del 6 agosto 1861 conosciuto sotto il nome di *Lord Kingsdown's act* ha posto le regole seguenti: « § 1. Ogni testamento o altro scritto testamentario fatto fuori del regno unito da un suddito inglese, qualunque sia il domicilio del testatore al momento della confezione dell'atto o al giorno della morte, deve essere considerato, per quanto riguarda i beni mobili, come valido nella forma se è stato redatto secondo le forme richieste sia dalla legge del paese in cui è stato rogato, sia dalla legge del luogo in cui il testatore aveva allora il suo domicilio, sia dalla legge in vigore in quello dei territori della corona britannica in cui aveva il suo domicilio d'origine ». Il § 2 stabilisce invece esclusivamente la regola *l. r. a.* per il testamento fatto da un suddito inglese nell'interno del Regno Unito ma ne limita la validità ai beni mobili. Il § 3 infine reca che un ulteriore cambiamento di residenza non pregiudica affatto la validità di un testamento che risponde alle esigenze dei due paragrafi precedenti e non può influire sulla sua interpretazione (2).

Forse maggiore varietà ancora che fra tutte le legislazioni prima esaminate esiste fra le legislazioni cantonali svizzere: ed invero mentre per la legge di Basilea città i testamenti fatti fuori del can-

(1) Sentenza del Dipartim. civ. di cassazione, 1875, n° 479 in Lehr, *op. cit.*, loc. cit., nota 1.

(2) Lehr, *Dr. civ. anglais*, n° 927; Dicey-Stocquart, *op. cit.*, vol. II, pag. 360.

tone da una persona abitante o proprietaria nel cantone devono esser fatti o secondo la forma della *lex loci actus* o la forma basileese (1) e secondo la legge di Basilea campagna i testamenti fatti fuor del cantone da persona abitante o proprietaria in esso devono esser fatti o secondo la forma della *lex loci actus* o quella della legge del domicilio d'origine o quella della legge del domicilio al momento della redazione dell'atto (2), le legislazioni dei cantoni di Neuchâtel (3) e Ticino (4) ammettono la regola *l. r. a.* per ogni forma di testamento d'un loro cittadino all'estero ma gli concedono di testare nella forma olografa personale anche se non è ammessa nel *locus actus;* il Codice di Vaud invece permette al cittadino, se testa all'estero in forma autentica, di seguire le leggi locali, ma gli impone, se fa un testamento olografo, di farlo secondo la legge sua cantonale (5): e il Codice vallese non parla della forma autentica, limitandosi a disporre che un vallese all'estero può testare nella forma olografa vallese anche se tal forma non è ammessa nello Stato dove si trova (6); la legislazione di Friburgo ammette per i testamenti dei cittadini all'estero così le forme personali, come quelle locali, ma se seguono queste e poi ritornano nel cantone, devono nei primi novanta giorni dal loro ritorno rifare il testamento con le forme friburghesi; pare inoltre che se anche uno non appartenente al cantone testa fuori del territorio di questo con le forme friburghesi, il suo testamento sarà a Friburgo valido (7); anche uno del cantone di San Gallo può testare all'estero con le forme locali, ma ritornato in patria deve rifare le proprie disposizioni di ultima volontà con le forme gallese, senza che però gli sia prescritto un termine (8); nel cantone d'Uri poi le forme del testamento si giudicano secondo le leggi del luogo di domicilio del testatore (9).

Tanta varietà risulta poi anche maggiore quando si pensi che le

---

(1) Legge 10 marzo 1884, § 56, *A. L. E.*, 1884, pag. 546 e Schlatter, *Rechtskalender*, pag. 240.

(2) Legge 20 aprile 1891, § 58, *A. L. C.*, 1891, pag. 688.

(3) Lardy, *op. cit.*, pag. 155; Schlatter, *op. cit.*, pag. 430.

(4) Cod. civ. cit., art. 392.

(5) Cod. civ. cit., art. 659.

(6) Cod. civ. cit., art. 636.

(7) Cod. civ. cit., art. 785.

(8) Legge 29 dicembre 1833, art. 59 in Lardy, *op. cit.*, pag. 170.

(9) Schlatter, *op. cit.*, pag. 106.

altre legislazioni cantonali svizzere, le quali nulla specialmente stabiliscono circa al modo di testare degli stranieri nel cantone e dei cittadini fuori di esso, applicano per giudicare della validità di tali testamenti quelle disposizioni generali sulla forma degli atti che già conosciamo (1) e che sono spesso differenti fra loro e più spesso ancora in opposizione alle speciali disposizioni surriferite. È facile immaginare la frequenza dei conflitti; per evitarli il Concordato del 15 luglio 1822 (2) fra parecchi cantoni stabiliva all'art. 3: « ..... per quanto riguarda le formalità esterne necessarie alla confezione di un testamento, esse soggiacciono alle disposizioni legislative del luogo dove il testamento è fatto » e la recente legge federale sui rapporti di diritto civile dei cittadini svizzeri stabiliti o in soggiorno, stabilì (art. 24): « Les dispositions de dernière volonté, les pactes successoraux et les donations à cause de mort sont valables quant à la forme, si celle-ci satisfait au droit du lieu où l'acte a été passé ou à celui du canton du domicile lors de la passation de l'acte ou au droit du dernier domicile ou à celui du canton d'origine du défunt ». È bensì vero che questa legge federale, abrogando le disposizioni contrarie delle leggi cantonali e l'articolo 3 del Concordato, rende con la larghezza dell'art. 24, quasi direi, impossibile ad uno svizzero di fare in Svizzera un testamento invalido, a qualunque forma cantonale voglia riferirsi; ma è certo nuova occasione di conflitti con le leggi d'altri Stati, perchè non bisogna dimenticare che l'articolo 24, e insieme ogni altro di quella legge, « sont applicables, par analogie, aux étrangers domiciliés en Suisse » (art. 32). Non solo, ma agli stranieri non domiciliati in Svizzera sarà applicabile? Dal testo dell'art. 32 non parrebbe, e allora torneranno probabilmente ad essere applicate le disposizioni di leggi cantonali: inoltre nella relazione del Consiglio federale alle Camere federali (3) è detto che la legge si estende « sous réserve des traités internationaux aux suisses à l'étranger »; ma ancora di tali trattati non se ne è punto conchiusi e dubitiamo che uno Stato, l'Italia per es., ratifichi un trattato che regola la posizione giuridica degli svizzeri da noi, con criteri che sono in opposizione a quelli accolti nel titolo preliminare del nostro Cod. civ.

(1) Vedi parte generale, cap. v, n° 6.

(2) Muheim, *op. cit.*, pag. 249.

(3) *Rapport adressé par le Conseil fédéral, etc.*, pag. 7. Vedi anche Des Gouttes, *op. cit.*, pag. 27.

Del resto anche i tentativi fatti da alcuni Stati per la codificazione del diritto internazionale a non migliori conclusioni della legge svizzera, a nostro avviso, su questo punto arrivarono: il progetto di trattato fra gli Stati sud-americani del 1878 aveva almeno accolto il principio solito che coincideva con quanto più o meno largamente le legislazioni degli Stati contraenti stabilivano; nell'art. 22 recava: « Le formalità esterne dei testamenti si regolano secondo il luogo in cui son fatti » (1); ma il posteriore trattato di Montevideo abbandonando malauguratamente quella disposizione, vi sostituì la seguente (2): (art. 44) « La legge del luogo di situazione dei beni ereditari al tempo della morte della persona della cui eredità si tratta, regge la forma del testamento. Non ostante, il testamento rogato per atto pubblico in uno degli Stati contraenti, sarà riconosciuto in tutti gli altri ». Da ciò evidentemente la conseguenza per chi voglia testare olograficamente, di dover fare tanti testamenti quanti sono gli Stati nei quali possiede dei beni.

Nè, sotto altro aspetto, migliore l'art. 8 delle disposizioni concernenti le successioni approvate dalla prima sessione della Conferenza dell'Aja: « La forme des testaments et des donations est réglée par la loi du lieu où ils sont faits. Néanmoins, lorsque la loi nationale du disposant exige, comme condition substantielle, que l'acte ait ou la forme authentique, ou la forme olographe, ou telle autre forme déterminée par cette loi, le testament ou la donation ne pourra être fait dans une autre forme »; ma di quanto questo articolo stabilisce meglio diremo in seguito.

5. Fra tanta varietà di disposizioni legislative una norma risulta comune se non a tutti i Codici almeno alla maggioranza: il testamento per atto autentico fatto da uno straniero secondo la forma del luogo in cui si trova, è valido, qualunque sia la natura e il luogo di situazione dei beni del *de cujus*. Nell'applicazione di questo principio ben pochi dubbi o incertezze possono sorgere, quando unicamente alla legge locale si riferisca per giudicare se la forma autentica da essa prescritta è stata osservata; norma che del resto è sostenuta dalla dottrina (3)

---

(1) Meili, *Kodifikation*, pag. 95.

(2) Ibidem, pag. 115.

(3) Fiore, *op. cit.*, n° 214; Catellani, *op. cit.*, n° 739; Duguit, *op. cit.*, pag. 135; Laurent, *op. cit.*, vol. VI, n° 407 e seg.; Despagnet, *op. cit.*, n° 515; Weiss, *op. cit.*, pag. 707; Bard, *op. cit.*, n° 212; Foelix-Demangeat, *op. cit.*, vol. I, pag. 149 e seg.; Febvre, *op. cit.*, pag. 207; Brocher, *op. cit.*, vol. II,

e sempre applicata dalla giurisprudenza (1). Così se la *lex loci actus* concede il carattere di autentico al testamento fatto davanti ai testimoni, basta l'osservanza d'essa per far riconoscere le autenticità dell'atto anche nella patria del testatore (2); in tal modo è stata in Francia riconosciuta l'autenticità di un testamento fatto in Luigiana davanti a cinque testimoni essendo che in questo Stato è calcolato autentico se fatto in quella forma (3); e supponendo che in un paese si possa dare il carattere di autentica alla disposizione d'ultima volontà tanto facendola in presenza di privati testimoni che davanti ad un pubblico ufficiale, il francese o l'italiano che colà si trovasse sarebbe libero di seguire l'una o l'altra forma sicuro che l'atto sarebbe in patria riconosciuto autentico: non è necessario che fra le due forme autentiche locali egli preferisca quella che più si avvicina alla forma autentica personale (4). Ancora è stato valutato come autentico il

---

n° 144; AUDINET, *op. cit.*, n° 679; DURAND, *op. cit.*, n° 94; DUHAUT, *op. cit.*, pag. 303; PICARD, *op. cit.*, n° 85, *J. D. I. P.*, 1881, pag. 486; AUBRY et RAU, *op. cit.*, vol. VII, pag. 89; DEMOLOMBE, *op. cit.*, vol. XXI, n° 475; ANTOINE, *De la succession, etc.*, n° 101 e seg.; TORRES CAMPOS, *Elementos*, pag. 100; GORENA ALZUGARAY, *La testamentifaccion, etc.*, *Rev. gen. de legisl. y jurisprudencia*, 1888, pag. 123; DELAMBRE, *Des successions*, cap. III, sect. II; SAVIGNY, *op. cit.*, vol. VIII, § 381; WAECHTER, *op. cit.*, pag. 368 e seg.; MUHEIM, *op. cit.*, § 26, pag. 255; VESQUE V. PUETLINGEN, *op. cit.*, n° 82; JETTEL, *op. cit.*, § 21; v. BAR, n° 370 e seg. e aut. ivi cit.; WINDSCHEID, *op. cit.*, vol. I, § 35; DERNBURG, *Pandekten*, vol. I, § 46; STOBBE, *op. cit.*, vol. I, pag. 250; SCHAEFFNER, *op. cit.*, pag. 188 e autori ivi citati.

(1) App. Napoli, 7 luglio 1871, *Legge*, XI, 1, 694; Trib. Livorno, 28 dicembre 1877, *Foro*, I, 256; Cass. Napoli, 14 gennaio 1886, *Gazz. Procur.*, XX, 475; App. Palermo, 25 marzo 1887, *Giorn. Not.*, 1887, 469; Trib. Bologna, 16 maggio 1889, *Prat. Leg.*, 1889, pag. 25; Rouen, 21 luglio 1840, *Sir.*, 40, 2, 515; Cass., 6 febbraio 1843, *Sir.*, 43, 1, 209; Tolosa, 11 maggio 1850, *Dalloz*, 52, 2, 64; Parigi, 19 aprile 1853 e Pau, 26 luglio 1853, *Sir.*, 53, 2, 571; Cass., 3 luglio 1854, *Sir.*, 54, 1, 513; Cass., 19 agosto 1858, *Dalloz*, 59, 1, 81; Trib. Lyon, 1877, *J. D. I. P.*, 1877, pag. 149; Parigi, 3 giugno 1878, *Gazz. Trib.*, 17 giugno 1878; Parigi, 5 agosto 1886, *J. D. I. P.*, 1887, pag. 621; Trib. Supr. Madrid., 24 maggio 1886 in TORRES CAMPOS, *op. cit.*, loc. cit.; sentenze del Zivilsenat, 29 gennaio 1883, 7 luglio 1883, 13 marzo 1885, 29 dicembre 1886, 19 dicembre 1887, 3-14 gennaio 1889, *Z. I. P. R.*, vol. III, pag. 73; Reichsgericht, 9 marzo 1891, *Ibid.*; Landgericht Strasburgo, 13 giugno 1892, *Ibid.*, pag. 520.

(2) Cit. sent. Pau, 26 luglio 1853 e Cass., 3 luglio 1854. *Contra:* Trib. Rouen, 17 dicembre 1839, *Sir.*, 40, 2, 515.

(3) Sent. Pau e Cass. cit. nota precedente.

(4) Parigi, 19 aprile 1853, *D. D. I. P.*, loc. cit., n° 13; Cass., 28 febbraio 1854, *Sir.*, 54, 1, 544.

testamento fatto da un israelita francese nelle forme imposte dalla *lex loci* per i testamenti autentici degli israeliti (1); il testamento fatto in Ungheria davanti ad un giudice dei nobili e un assessore giurato (2), quello fatto in Prussia davanti al giudice, ecc. ecc.

Insomma, come replicatamente è stato deciso, « l'autenticità di un testamento fatto in paese estero dipende unicamente dalla legislazione del luogo dove l'atto è stato fatto » (3); « nè si potrà invocare contro la validità d'un simile testamento l'omissione delle formalità prescritte dalla legge nazionale come, p. es., l'assenza dei testimoni, se non si prova nello stesso tempo che queste formalità sono richieste eziandio dalla legge del paese nel quale è stato fatto il testamento » (4). E non solo non si può invocare l'omissione ma neppure, a nostro avviso, l'osservanza della legge nazionale; alcuni esempi chiariranno meglio il nostro pensiero; le formalità per la consegna al notaio del testamento segreto sono identiche in Italia ed in Francia, solo che il Codice francese richiede la presenza di sei testimoni (art. 976) e il nostro solo di quattro (art. 783): ora, supponendo che un italiano consegni in Francia il proprio testamento ad un notaio francese con cinque testimoni, non crediamo che invocando la legge italiana si possa sostenere che essendo presente il numero di testimoni richiesti da questa, il testamento possa calcolarsi come segreto per atto di notaio: quando la *lex loci* ne richiedeva sei e la mancanza di questo numero importava la nullità dell'atto in Francia, questo non può esser valido in Italia (5); ancora, se la legge di uno Stato vieta agli stranieri di esser testimoni nei testamenti e se un italiano avendo per testimonio un connazionale od altro straniero al luogo, fa in quello Stato un testamento per atto di notaio, non crediamo si possa invocare l'art. 788 del nostro Codice per sostenere valido da noi quell'atto, se nel *locus actus* la qualità di straniero nel testimonio importa la nullità del testamento; ancora, il Codice neerlandese, come sappiamo, richiede per il testamento olografo (non autentico),

---

(1) Cass., 19 agosto 1888, *Sir.*, 59, 1, 396.

(2) Cass., 30 novembre 1831, *Sir.*, 32, 1, 52.

(3) App. Napoli, 7 luglio 1871, *Legge*, XI, 1, 694; Cass., 3 luglio 1854, *Dalloz*, 54, 1, 313; Pau, 26 luglio 1853, *Ibid.*, 54, 2, 108; Cass., 19 agosto 1858, *Ibid.*, 59, 1, 81.

(4) Tolosa, 11 maggio 1850, *Dalloz*, 52, 2, 64.

(5) Se il testamento fosse stato scritto, datato e firmato dal testatore, poteva valere come olografo, ma non mai come segreto per atto di notaio.

quelle formalità di consegna al notaio, di menzione di essa, ecc., che in molti paesi bastano, e in altri sono anzi esuberanti, a costituire un testamento segreto autentico: ma siccome nei Paesi Bassi quell'atto non è autentico, non può tale essere calcolato in nessun altro Stato: gli esempi si potrebbero moltiplicare all'infinito, ma bastino questi, i quali altro non sono che una semplice applicazione del principio che per giudicare della autenticità d'un atto qualunque, si deve unicamente ed esclusivamente riferirsi alla *lex loci actus*, così che se questa per una strana ipotesi stabilisse che il testamento semplicemente scritto, datato e sottoscritto dal testatore o anche il testamento nuncupativo è autentico, come autentico dovrebbe valere in Italia e dovunque altro sia ammessa la regola *l. r. a.*

Qualche difficoltà può presentarsi per le disposizioni d'ultima volontà da stranieri fatte in paesi che non stabiliscono una forma autentica: in Inghilterra p. es.; siccome però il testamento inglese sebbene fatto senza intervento di pubblici ufficiali ha nel Regno Unito valore di atto autentico, non mancano sentenze (1) che, rettamente giudicando, dichiararono autentico il testamento fatto da stranieri in Inghilterra con le forme inglesi: certo maggiori incertezze e per alcuni stranieri gravi inconvenienti pratici per i testamenti fatti nel Montenegro: mancano completamente in questo Stato forme autentiche, il testamento è od olografo o nuncupativo; nessun inconveniente per un italiano che colà si trovasse, perchè, ammettendo la nostra legislazione la regola *l. r. a.*, anche per i testamenti olografi, potrà testare validamente con la forma locale: ma come dovrà giudicare la magistratura portoghese o neerlandese, o messicana, o dell'Uruguay vietando le loro leggi ai cittadini all'estero di testare in forma olografa? Dovranno dichiarare nullo l'atto, a meno che per equità, viste le speciali condizioni in cui si trovava il loro cittadino al Montenegro, non inclinassero a più benevola sentenza.

La regola *l. r. a.* per il testamento autentico è obbligatoria? O in altri termini chi voglia all'estero fare un testamento autentico, deve seguire le forme locali? Evidentemente sì; quand'anche un italiano, p. es., trovasse all'estero un pubblico ufficiale che per la confezione del testamento seguisse le forme italiane, differenti dalle locali, il testamento così fatto mancherebbe del carattere di autenticità;

---

(1) Cit. sent. Rouen, 21 luglio 1840 e Cass., 6 febbraio 1843; LAURENT, *op. cit.*, vol. VI, n° 409; DUGUIT, *op. cit.*, loc. cit., *J. D. I. P.*, 1880, pag. 390.

su di ciò non si fa questione, neppure da quelli che vogliono che la legge personale determini per un determinato atto il genere di forma; lo abbiamo visto, del resto, anche per gli altri atti giuridici; così che la facoltà che l'art. 9 concede agli italiani all'estero ed agli stranieri in Italia di seguire la loro legge nazionale per la forma degli atti in genere, si limita agli atti per scrittura privata.

Non così però pensa il Weiss: « aucun obstacle de droit, egli scrive (1), n'empêchera le français de tester en la forme authentique ou mystique consacrée par la loi française sur un territoire étranger, si en fait il lui est possible d'employer une de ces formes »; a nostro avviso, o la forma autentica locale è identica alla francese e non potrà testare osservando questa, senza osservare anche quella: o è differente, e in tal caso, se pure trova un pubblico ufficiale che riceva le sue disposizioni con le formalità prescritte dal Codice francese, il testamento non può esser calcolato autentico, nè secondo la *lex loci*, nè secondo la legge francese: non per la prima, perchè le forme che essa prescrive per dare autenticità ai testamenti non sarebbero state osservate, non per la legge francese, perchè le forme da questa stabilite valgono a dare autenticità ai testamenti fatti in Francia davanti a notai francesi e non a quelli fatti all'estero: del resto il Cod. civ. francese stabilendo che un francese potrà far testamento all'estero « par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé », ha escluso, com'era ragionevole, che potesse farlo, seguendo le forme autentiche francesi.

6. Ben poche difficoltà offrono quindi i testamenti autentici: non così si può dire degli olografi; almeno per alcune legislazioni; non per la nostra, ma per quelle come la francese che escludono l'applicazione della regola ai testamenti per scrittura privata.

Non per la nostra, abbiamo detto: ed invero la disposizione dell'art. 9 è così semplice e chiara che non può lasciar luogo a dubbi: l'italiano all'estero e lo straniero nel regno possono fare validamente il loro testamento olografo tanto con la forma personale che con la forma locale: e per giudicare della sua validità si applicherà esclusivamente l'una o esclusivamente l'altra. Le nostre Corti più volte (2)

---

(1) WEISS, *op. cit.*, pag. 709.

(2) Trib. Livorno, 28 dicembre 1877, *Foro*, I, 256; Genova, 16 giugno 1882, *Foro*, 82, I, 311; Lucca, 8 giugno 1880, *Annali*, 80, 3, 246; Lucca, 23 giugno 1882, *Ibid.*, 82, 3, 408 e *J. D. I. P.*, 1884, pag. 549; Cass. Torino, 31 maggio 1881, *J. D. I. P.*, 1883, pag. 84.

applicarono esattamente tale principio distinguendo esattamente la forma italiana dalla straniera (1), e invocando solo l'una o solo l'altra legge, per giudicare della validità dell'atto; notevole la sentenza della Cassazione di Torino relativa a un testamento olografo non datato, fatto da un italiano a Katzis, nel cantone dei Grigioni, che decise: « il testamento olografo non datato, fatto da un italiano sul territorio di uno Stato la cui legge non conta l'obbligo di datare fra le forme essenziali del testamento olografo, è un testamento regolare » (2) e la sentenza della Corte di Lucca che dichiarò valido il testamento olografo, secondo la forma italiana fatto da un nostro concittadino in Grecia, sebbene gli eredi legittimi avessero presentato ai tribunali greci una domanda d'annullamento per inosservanza delle forme locali, non essendo la data indicata insieme secondo il calendario giuliano e il gregoriano (3).

Ma le difficoltà che non si presentano di fronte alla legislazione nostra sorgono per altre, specie per la francese: l'art. 999 ha differenti interpretazioni, secondo che si tratta di testamenti fatti da francesi all'estero, o di quelli fatti da stranieri in Francia o finalmente di quelli di stranieri all'estero, ma non in Francia: quanto ai primi parrebbe che non potessero nascere dubbi; il più semplice ed ovvio modo di interpretare l'art. 999 conduce ad ammettere per i testamenti autentici fatti da francesi all'estero la regola *l. r. a.*, per gli olografi la forma francese: ed invero così è stato applicato dai tribunali (4) e spiegato dalla dottrina (5).

(1) « Il testamento olografo redatto all'estero da un cittadino italiano, nelle forme prescritte dalla legge italiana, è valido anche quando siansi più o meno osservate eziandio le forme della legge straniera ». Sent. Genova, cit. nota antec. Giurispr. francese conforme; ved. Parigi, 3 giugno 1878, *J. D. I. P.*, 1878, pag. 613.

(2) Sent. Torino, cit. nota 2, pag. preced.

(3) Sent. Lucca, 23 giugno 1882, cit. nota 2. Alla parte che sosteneva la validità del testamento invocando l'art. 6 e la *capacità* dell'italiano di testare all'estero secondo la forma olografa nostra, molto rettamente rispose la Corte: « Il testamento olografo deve essere considerato semplicemente come una forma particolare di testare. Per conseguenza non è questo il luogo d'invocare la legge che fissa e determina la capacità della persona ». Ved. nota del Fiore, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 550.

(4) Parigi, 3 giugno 1878, *J. D. I. P.*, 1878, pag. 613.

(5) Laurent, *op. cit.*, vol. VI, n° 415; Duguit, *op. cit.*, pag. 138 e 149; Weiss, *op. cit.*, pag. 709; Demolombe, *op. cit.*, vol. XXI, n. 474 e aut. francesi, cit. a nota 3, pag. 389.

Ma sarà obbligato assolutamente a seguire la forma olografa francese o potrà validamente fare il testamento anche nella forma olografa locale? L'obbligo di farlo secondo l'art. 970 è assoluto, rispondono alcuni (1); il testo formale dell'art. 999 che presenta una antitesi indubbia fra il testamento olografo dell'art. 970 e la forma autentica della legge straniera, mostra chiaramente che il legislatore ha escluso per i francesi all'estero l'impiego della forma olografa locale; del resto questa deroga alla regola *l. r. a.* risultante dall'articolo 999 si spiega facilmente coi pericoli che presenta il testamento olografo, nel quale più non si trova la garanzia d'un pubblico ufficiale e che favorisce particolarmente le frodi e le captazioni; perciò il legislatore francese non lo autorizza per i suoi nazionali all'estero che in quanto soddisfa a tutte le condizioni dell'art. 970 le quali assicurano l'esattezza delle disposizioni e l'indipendenza del testatore. Potrebbe darsi che la legge straniera non presentasse sotto questo doppio punto di vista le stesse garanzie: « voilà porquoi la défense pour un français de tester en la forme olographe étrangère doit être regardée comme une restriction de sa capacité et une règle de statut personnel qui le suit partout » (2).

Lasciando da parte questa pretesa restrizione della capacità che non ci persuade affatto, certo, come già abbiamo detto, sembra anche a noi soltanto per il testo dell'art. 999 che il francese all'estero non possa seguire per il suo testamento olografo la forma locale; se non che, soggiungono il Laurent ed altri (3), secondo « i principî », il francese può testare olograficamente all'estero, ma seguendo la forma locale e la deroga che a codesti principî porta l'art. 999 è più apparente che reale: « infatti il testamento olografo del Codice francese è indipendente dal luogo in cui è scritto; il testatore non deve indicarlo, poco importa dove scrive il suo testamento; purchè lo scriva per intero di suo pugno, lo dati o lo sottoscriva, il testamento sarà valido; il luogo dove lo scrive non può dunque avere nessuna

(1) Troplong, *Des testam.*, vol. III, n° 1734 e seg.; Duguit, *op. cit.*, pag. 147; Despagnet, *op. cit.*, n° 516; Aubry et Rau, *op. cit.*, vol. VII, § 661, *J. D. I. P.*, 1880, pag. 387; Rennes, 21 luglio 1840, *Sir.*, 40, 2, 515; Trib. Lyon, 1877, *J. D. I. P.*, 1877, pag. 149; Caen, 22 maggio 1850, *Sir.*, 52, 2, 566; Cass., 3 luglio 1854, *Dalloz*, 54, 1, 313.

(2) Despagnet, *op. cit.*, loc. cit.

(3) Laurent, *op. cit.*, n° 415; Demolombe, *op. cit.*, vol. XXI, n° 475; Antoine, *op. cit.*, pag. 117; Weiss, *op. cit.*, pag. 708.

influenza sulla validità del testamento olografo fatto nella forma francese: tale è il senso dell'art. 999: esso non deroga alla regola *l. r. a.* per la ragione che il testamento olografo francese non è un testamento locale » (1). Il legislatore, aggiungono altri, scrivendo l'art. 999 non ha avuto altro scopo che di permettere al francese all'estero di seguire la forma personale, che di stabilire il valore facoltativo della regola *l. r. a.* E qualche sentenza (2) sembra ammettere questa soluzione.

Sebbene l'art. 999 non parli dei testamenti degli stranieri in Francia, parrebbe che per analogia si dovesse per questi seguire una o l'altra delle interpretazioni date a quell'articolo per i francesi all'estero; ma così non è: non solo vi è quasi unanimità nel calcolare valido il testamento olografo fatto in Francia, seconda la forma locale da uno straniero (3), anche se la sua legge personale non conosce questa forma di testamento (4), ma quasi generalmente si vuole imporre allo straniero la forma olografa francese (5), dichiarando nullo il testamento fatto dallo straniero in Francia secondo la forma personale: quale il motivo di rendere obbligatoria la regola *l. r. a.* agli stranieri in Francia, quando per i francesi all'estero si deroga ad essa completamente o almeno la si calcola facoltativa?

Tanto nelle sentenze che negli scrittori non ne troviamo che una sola, così espressa dal Laurent (6): « le code ne parle pas des testaments que l'étranger ferait en France. Dans le silence de la loi, il

---

(1) LAURENT, *op. cit.*, loc. cit.

(2) Parigi, 10 agosto 1872, *Sir.*, 72, 2, 269.

(3) Parigi, 7 luglio 1845 e Cass., 25 agosto 1847, *Sir.*, 47, 1, 712; Grenoble, 25 agosto 1848, *Sir.*, 49, 2, 257; Parigi, 21 maggio 1850, *Dalloz*, 52, 2, 145; Cass., 9 marzo 1853, *Sir.*, 53, 1, 274; Orléans, 2 agosto 1859, *Sir.*, 60, 2, 37; Trib. Marsiglia, 4 dicembre 1880 e Aix, 11 luglio 1881, *J. D. I. P.*, 1882, pag. 426; Trib. Senna, 21 luglio 1883, *Ibid.*, 1884, pag. 405; Annecy, 6 febbraio 1890, *Ibid.*, 1891, pag. 243; Trib. Senna, 23 luglio 1891, *Ibid.*, 1892, pag. 231; App. Parigi, 1° agosto 1892, *Ibid.*, 1893, pag. 418; AUBRY RAU, *op. cit.*, vol. VII, pag. 90; DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 483; FOELIX, *op. cit.*, vol. I, n° 83; LAURENT, *op. cit.*, vol. VI, n. 415; COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, vol. IV, n° 128 *bis*; ANTOINE, *op. cit.*, pag. 115, ecc.

(4) Cass., 25 agosto 1847 e Marsiglia, 4 dic. 1880, cit. nota prec.

(5) MERLIN, *Rép.* v° *Testament;* DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 484; COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, loc. cit., ecc.; Parigi, 21 giugno 1850, *Dalloz*, 52, 2, 145 e 25 maggio 1852, *Sir.*, 52, 2, 289; Cass., 9 marzo 1853, *Sir.*, 53, 1, 274.

(6) LAURENT, *op. cit.*, vol. VI, n° 414.

faut dire que l'étranger reste sous l'empire du droit commun »; o in altre parole se l'art. 999 deroga alla regola per i francesi all'estero, non vi deroga per gli stranieri in Francia e per questi riacquista completo impero la regola *l. r. a.* (1): in conseguenza è stato più volte dichiarato nullo il testamento fatto con le forme inglesi da un inglese in Francia (2). Di fronte a questa giurisprudenza costante sorge spontanea la domanda: com'è che i tribunali francesi vogliono con tanta rigidità obbligatoria la regola nostra per il testamento degli stranieri in Francia, quando per molti altri atti anche solenni, per tutti anzi, ad eccezione del matrimonio, l'hanno dichiarata facoltativa? Una risposta almeno per i testamenti inglesi, ma punto soddisfacente, è data dal Laurent (3): « il testamento inglese, egli scrive, sebbene fatto in presenza di testimoni e non d'un pubblico ufficiale è un atto solenne ed autentico; perciò l'inglese deve testare nella forma autentica francese corrispondente e non in forma olografa »: ma questo argomento potrebbe forse valere per infirmare in Inghilterra il testamento olografo dall'inglese fatto sul territorio francese con le forme locali, ma non per infirmarlo in Francia dove si dichiarò valido il testamento olografo dello straniero, anche se la sua legge personale tale forma non riconosceva! E poi che in Inghilterra il testamento di diritto comune sia autentico è una gratuita affermazione del Laurent: è l'unica forma di testamento permessa, nessuna legge lo dice autentico e non essendo colà in vigore le forme francesi manca la differenza esistente fra testamento per atto di notaio e testamento olografo, fra l'autentico e quello per scrittura privata: ma fosse poi anche solenne e autentico, non sostiene forse il Laurent (4) che anche l'olografo francese è solenne? e se tale è, non sarà sufficiente anche per l'inglese questa forma solenne francese?

Contro la maggioranza degli autori e dei giudicati, ma certo con

---

(1) Cfr. cit. sent. Marsiglia, 4 dicembre 1880 e Parigi 21 giugno 1850. « I tribunali francesi devono, per l'applicazione della regola *l. r. a.* dichiarare valido il testamento olografo fatto in Francia da uno straniero secondo le forme della legge francese: al contrario, in virtù di questa medesima regola, non devono accordare alcun effetto al testamento fatto in Francia da uno straniero in una forma non riconosciuta dalla legge francese ».

(2) Sent. cit., Parigi, 22 maggio 1852 e Cass., 9 marzo 1853; Parigi, 21 giugno 1850, *Gazz. Trib.*, 22 giugno 1850.

(3) LAURENT, *op. cit.*, vol. VI, n° 420.

(4) LAURENT, *op. cit.*, vol. VI, n[i] 401, 415.

maggior ragione, sostiene il Duguit (1), che come il francese non può testare all'estero olograficamente se non con le forme francesi, egualmente lo straniero dovrà per il testamento olografo seguire la forma personale e non potrà prevalersi della locale. Ma senza arrivare in tal modo all'eccesso opposto a quello consacrato dalla giurisprudenza, sarebbe più conforme alla pratica seguìta sempre per altri atti dai tribunali francesi il dichiarare, anche per il testamento olografo degli stranieri in Francia, facoltativa la regola nostra (2).

Le disposizioni legislative degli altri Stati che, o ammettono senz'altro la regola *l. r. a.* per il testamento o si uniformano al diritto francese, sono generalmente interpretate nel senso di attribuire al testatore la facoltà di fare il proprio testamento olografo o secondo la legge locale o secondo la personale (3).

7. Per le legislazioni che obbligano i cittadini all'estero a testare nella forma olografa personale o che invece non permettono loro di testare che nella forma autentica locale una difficoltà può sorgere per il testamento mistico: è questo un testamento autentico o è un testamento per scrittura privata? partecipa forse dei caratteri di uno e dell'altro? e in tal caso come dovrà esser regolato? Una risposta generale alle due prime domande non può esser data: tutto dipende dalla *lex loci*: così è certo che il testamento segreto o mistico del nostro Codice è autentico, come il testamento chiamato olografo dal Codice neerlandese, sebbene consegnato a notaio in presenza di testimoni in modo conforme al nostro segreto, non è testamento autentico:

---

(1) DUGUIT, *op. cit.*, pag. 148.

(2) FOELIX, *op. cit.*, vol. I, n° 83; AUBRY et RAU, *op. cit.*, vol. VII, § 661. Cfr. le critiche del v. BAR (*op. cit.*, vol. II, n° 371) alle interpretazioni dell'art. 999.

(3) Per la Germania, cfr. SAVIGNY, *op. cit.*, loc. cit.; WAECHTER, *op. cit.*, II, pag. 377; SCHMID, *Die Herrschaft, etc.*, pag. 97; v. BAR, *op. cit.*, n° 370 e le sentenze della Suprema Corte badese 24 aprile 1862 e 23 aprile 1863, ivi cit. Vedi anche altri scrittori germanici, cit. a nota 3, pag. 389. — Per l'Austria e l'Ungheria, JETTEL, *op. cit.*, § 21; VESQUE V. PUETLINGEN, n° 82; UNGER, *op. cit.*, loc. cit. — Per la Spagna, TORRES CAMPOS, *op. cit.*, loc. cit. e sent. ivi cit. e Trib. cons. spagnuolo a Costantinopoli, 27 settembre 1892, *J. D. I. P.*, 1894, pag. 169. — Per gli altri paesi che sanciscono la regola *l. r. a.* per i testamenti, quali Rumenia, Guatemala, Chilì, ecc. (vedi sopra n. 4) ci duole che la scarsezza o meglio la mancanza di commentatori di quei Codici e l'impossibilità in cui ci troviamo di procurarci la giurisprudenza, ci impedisca di riferire le interpretazioni date alla regola: il modo del resto in cui deve essere applicata, risulta chiaramente dal testo degli articoli che la sanciscono.

quindi un francese testando in forma segreta per atto di notaio in Italia farà un testamento autentico, e se nei Paesi Bassi vuole fare un simile testamento non seguirà le forme dell'olografo neerlandese (art. 979), ma quelle del mistico neerlandese (art. 987) che da quelle poco differiscono. Ogni dubbio sembra così tolto: ma soggiunge il Laurent (1), l'assimilazione fra testamento pubblico e testamento mistico non è esatta: sebbene in questo un notaio intervenga, esso non fa che l'atto di consegna; quanto al testamento l'intervento del notaio non ne muta il carattere: rimane ciò che è per sua natura, cioè un atto per scrittura privata: ora siccome l'art. 999 parla dei testamenti autentici e di quelli per scrittura privata, ha voluto il legislatore vietare con ciò ai francesi all'estero di testare in forma mistica? o ha compreso tale forma nelle parole « par acte authentique » assimilandola alla forma pubblica? o si è invece, ipotesi poco probabile, dimenticato di regolare questa forma per i francesi all'estero? Il Laurent crede che l'art. 999 non debba essere interpretato restrittivamente, che il legislatore non parlando in quell'articolo del testamento mistico abbia voluto sottoporlo alle norme del diritto comune, che infine, essendo il mistico insieme per scrittura privata e autentico, ed essendo ammessa dall'articolo stesso l'una e l'altra forma separatamente si deve ragionevolmente ammettere anche la forma mistica che ambedue le comprende: « il suffit que la loi locale consacre le testament mystique, pour que les français puissent tester à l'étranger en cette forme ».

Sta bene, aggiunge il Duguit (2), ma siccome il mistico si compone d'un atto privato e d'un atto pubblico e siccome il francese all'estero (secondo la sua interpretazione dell'art. 999), deve fare secondo le leggi francesi il suo testamento olografo, così nel mistico distingueremo due parti: « 1° Lo scritto *privato*, che costituisce il corpo del testamento mistico e che sarà regolato dalla legge personale del testatore. Il disponente non può dunque testare nella forma mistica altro che se la sua legge personale glielo permette, qualunque sia la legge del luogo e dovrà rivestire lo scritto *privato*, che redige a questo scopo, delle forme prescritte dalla sua legge personale; 2° Lo scritto autentico che serve a constatare il testamento mistico e che

(1) Laurent, *op. cit.*, vol. VI, n° 413.
(2) Duguit, *op. cit.*, pag. 150.

sarà retto dalla legge personale del pubblico ufficiale redattore, ossia dalla *lex loci actus* ».

Non la distinzione delle due parti, privata e pubblica, del testamento mistico fatta dal Laurent e dal Duguit e meno ancora le conclusioni dell' ultimo, possono persuaderci. Lasciando da parte che siamo poco favorevoli, come fu già detto, alla interpretazione che il Duguit fa dell'art. 999, obbligando il francese all'estero a fare il testamento privato secondo la forma francese, interpretazione che costituisce la base delle sue conclusioni rispetto al mistico, anche prescindendo da ciò, non possiamo accettare la sua teoria: non è vero che il testamento mistico consti di due parti, una privata e l'altra pubblica, che possono esser rette da due leggi differenti: la forma mistica costituisce un tutto unico da un'unica legge sempre retto. Ed invero la maggior parte dei Codici richiede che il disponente consegnando al notaio il proprio testamento mistico dichiari il modo in cui è stato scritto: « .....et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament, *écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui;* le notaire en dressera l'acte de subscription, etc. » (Codice francese, art. 976); ora il notaio ricevendo e facendo l'atto di sottoscrizione, *rende autentico il testamento segreto*: e se il disponente straniero dichiarasse che il suo testamento non è firmato da lui perchè la sua legge personale gli permette di farlo firmare da altri per suo conto, il notaio francese si rifiuterebbe di riceverlo; e se infine ingannando il notaio, dichiarasse di averlo firmato non avendolo fatto, alla sua morte il testamento sarebbe dichiarato invalido, mancando di uno dei requisiti formali necessari: e non varrebbe il dire che essendo il testamento scritto privatamente, egli seguì la legge personale che gli concedeva non solo di farlo scrivere, ma anche di farlo firmare da un terzo per suo conto, perchè il notaio lo ricevette autenticamente solo in quanto ebbe la dichiarazione ch'era stato scritto secondo le forme della legge locale (1). Per noi dunque non solo l'atto di consegna, ma anche le disposizioni devono esser fatte secondo la *lex loci*.

Anche il testamento verbale dà luogo a conflitti: un cittadino di uno Stato che non ammette tale forma, potrà validamente fare un

(1) In favore Demolombe, *op. cit.*, vol. XXI, n° 411; Parigi, 19 aprile 1853, *Sir.*, 53, 2, 570; Cass., 28 febbraio 1854, *Sir.*, 54, 1, 544; Parigi, 5 agosto 1886, *J. D. I. P.*, 1887, pag. 621; *Contra* Aubry et Rau, *op. cit.*, vol. VII, § 671.

testamento nuncupativo in un paese che questa forma riconosce? Anche a questa domanda bisogna rispondere in vario modo, secondo le varie disposizioni legislative: se un chileno testasse verbalmente all'estero non sarebbe il suo testamento valido in patria, poichè il Codice chileno stabilisce la regola *l. r. a.* per i testamenti *scritti* in paese straniero (1): invece non crediamo che un nostro giudice dovrebbe fare difficoltà ad ammetterne la piena validità, per applicazione dell'art. 9, tanto per gli stranieri in Italia, che per gli italiani all'estero: la giurisprudenza francese si è pure dimostrata favorevole (2) all'applicazione della regola anche ai testamenti nuncupativi, ma contro d'essa insorge il Laurent. Il Codice Napoleone, egli scrive, esige uno scritto perchè vi sia una disposizione d'ultima volontà: lo scritto appartiene dunque alla sostanza del testamento: esso non è soltanto richiesto per la prova: « il est de l'essence des dispositions testamentaires: pas d'écrit, pas de testament »; ora siccome sappiamo che il Laurent esclude la regola nostra per gli atti solenni e il fatto d'essere per iscritto costituisce secondo lui la solennità del testamento, non potrà nè il francese all'estero secondo la *lex loci*, nè lo straniero in Francia secondo la legge personale testare verbalmente (3). Per noi che abbiamo sempre sostenuto come la regola nostra si applichi anche agli atti solenni, l'argomento del Laurent

(1) Ved. sopra, n° 4. E così anche per un russo; Decisione del Senato nel 1875, n° 747 in SEREBRIANY, *Du dr. pour les russes, etc.*, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 363.

(2) Cass., 30 novembre 1831, *Sir.*, 32, 1, 52; 19 agosto 1858, *Sir.*, 59, 1, 396; Orléans, 3 agosto 1859, *Journ. du Pal.*, 59, 2, 158; Parigi, 10 agosto 1872, *Ibid.*, 73, 1, 149.

(3) LAURENT, *op. cit.*, vol. VI, n[i] 407, 411, 412. Agli argomenti riferiti nel testo il Laurent aggiunge: e non si invochi per analogia la giurisprudenza che dichiara validi i matrimoni celebrati da francesi agli Stati Uniti senza pubblico ufficiale e senza forma: « la célébration du mariage n'est pas un *acte*, un *écrit*, c'est un *contrat*, dans lequel un officier public doit intervenir d'après le Code Napoléon, quand le mariage est contracté en France; quant à l'acte dressé par l'officier public, il ne sert que de preuve, tandis que l'*acte* est de l'essence du testament; c'est en cela que consiste la solennité des dispositions testamentaires ». Come se il matrimonio non fosse un atto giuridico, come se la regola nostra si applicasse solo alla forma degli istrumenti e non a quella degli atti, dei negozi giuridici! Intorno a questa confusione che fa il Laurent fra istrumenti e forma del negozio abbiamo già detto altrove che ne pensiamo. Ved. parte speciale, cap. I, n° 4. È da notare poi che il Laurent nei *Princ. de droit civil.*, vol. XIII, n° 152, sostiene la validità del testamento verbale.

non è sufficiente a farci credere invalido il testamento verbale neppure di fronte alla legislazione francese; notisi poi che l'essere un testamento verbale, non impedisce affatto che secondo la legislazione che lo ammette non sia solenne: erano pure solenni le *obligationes verbales* del diritto romano antegiustinianeo (1); e per giudicare della solennità dell'atto bisogna riferirsi alla legge locale non alla personale. Forse maggior valore ha l'argomento del Duguit (2), il quale crede che non sia applicabile la regola ai testamenti verbali dei francesi all'estero perchè l'art. 999 suppone sempre uno *scritto* e determina la legge che deve regolare le forme strumentali di questo scritto, « le parole ... *sous signature privée... par acte authentique...* provano che tale è la sola ipotesi preveduta nel testo »: dato questo, egli secondo la sua interpretazione dell'art. 999 crede che un francese non possa fare il suo testamento verbalmente all'estero secondo la *lex loci* e che uno straniero possa invece farlo validamente in Francia secondo la legge sua personale: noi tuttavia incliniamo piuttosto nel senso dei giudicati e degli autori che credono valido anche quello del francese all'estero.

Il fatto che il testamento dello straniero sia scritto in lingua differente dalla locale può esser causa di nullità? No certo per l'olografo fatto secondo la forma nazionale del disponente: ma per quello fatto nella forma locale olografo o autentico? La decisione dipenderà dalle leggi locali: se queste lo credono una causa di nullità il testamento sarà invalido, se no, sarà valido; alla *lex loci actus* si dovrà anche per questo esclusivamente riferirsi: così se sarà fatto in Spagna o all'Argentina si applicheranno le disposizioni di quei Codici che prescrivono se e come lo straniero possa testare nella sua lingua (3); se sarà fatto in Francia si dovrà riferirsi alle ordinanze (4) ed alla giurisprudenza locali le quali ammettono che il testamento possa essere dettato in lingua straniera e scritto dal notaio in francese (5),

(1) Ved. parte generale, Cap. III, n° 4.

(2) Duguit, *op. cit.*, pag. 136.

(3) Vedi sopra, n° 4.

(4) Ved. Ordinanza del 1539 e decisioni 2 termidoro, anno II, 16 fruttidoro, anno II, 24 pratile, anno XI, e lettere del ministro della giustizia 4 e 29 termidoro, anno XII, *R. P D. I. P.*, 1892, pag. 35.

(5) Liegi 23 luglio e 24 novembre 1806, *D. D. I. P.*, v° *Testament*, n° 31; Cass., 4 maggio 1807, *Ibid.*; Cass., 12 agosto 1863, *Sir.*, 68, 1, 405; Cass., 22 gennaio 1879, *Sir.*, 79, 1, 170; Cass., 3 agosto 1891, *J. D. I. P.*, 1892, pag. 224.

o scritto nella lingua del testatore e tradotto in francese in margine (1), che il notaio deve in caso conoscere la lingua straniera e non può servirsi d'un interprete, ecc. ecc. (2).

Lo stesso dicasi dell'obbligo che hanno i testimoni di conoscere la lingua straniera (3), e la lingua locale, o solo l'uno o solo l'altra, ecc.

8. Tutto quanto finora abbiamo detto vale per quelle legislazioni che ammettono la regola *l. r. a.* e che vi derogano solo in favore della legge personale del disponente; ma altri sistemi sono da altre legislazioni seguìti.

In Inghilterra ha vigore il *Lord Kingsdown's Act* del 1861: ma non è da credere che non abbiano vigore altri criterî oltre quelli da quella legge sanciti: prima di tutto per quanto riguarda le disposizioni d'ultima volontà relative ad immobili, esse sono rette anche per la forma dalla *lex rei sitae:* l'atto del 1861 riguarda solo i testamenti « *as regards personal estate* »; con le parole *personal estate* si comprendono certo, salvo qualche insignificante eccezione, tutti i beni mobili, tutti i *moveables*, le *personal things:* si fa in Inghilterra questione se con quelle parole usate nella legge del 1861 si intendano anche i *leaseholds*, ma, ad ogni modo le cose immobili, *real things*, la *realty* intesa nel senso del diritto inglese (4) è esclusa dalla disposizione dell'atto di Lord Kingsdown. Per quanto riguarda la proprietà immobiliare « la dottrina chiaramente stabilita dalla *common law*, scrive lo Story (5), è che la legge del luogo dove la proprietà è situata regge la capacità e l'incapacità del testatore, l'estensione del suo potere di disporre della proprietà e le forme e solennità per dare

---

(1) Trèves, 10 giugno 1807, *D. D. I. P.*, loc. cit., n° 32.

(2) Strasburgo, 19 luglio 1869, *Journ. des not.*, 1869, pag. 740; *Contra* Metz, 21 agosto 1823 e 19 novembre 1828 in *Dalloz, Rép.* v° *Testament*, n° 2878, note 1 e 2; Parigi, 23 dicembre 1818, *Ibid.*, n. 3413; St. Louis (Senégal), 26 luglio 1876, *Sir.*, 79, 2, 73; Cass. belga, 5 maggio 1887, *Sir.*, 88, 4, 9. Ved. altre sent. in *R. P. D. I. P.*, 1892, pag. 35.

(3) Metz, 19 dicembre 1816; Nancy, 28 luglio 1817; Cass., 14 luglio 1818; Rennes, 13 febbraio 1882 e 8 gennaio 1884; Metz, 30 aprile 1833; Bruxelles, 13 febbraio 1808, 4 febbraio 1809, 9 gennaio 1813, tutte in *D. D. I. P.*, v° *Testament*, n[i] 36-42.

(4) Per la distinzione fra cose mobili ed immobili nel senso inglese e per la natura ambigua dei *leaseholds* ved. Dicey-Stocquart, *op. cit.*, vol. I, pag. 51 e seg., e vol. II, pag. 281, nota *i*; Phillimore, *op. cit.*, vol. IV, n[i] 565 e seg.

(5) Story, *op. cit.*, n° 474; ved. anche n[i] 435, 436.

attestazione ed effetto al suo testamento ». Dovunque sia fatto il testamento, se riguarda la proprietà immobile situata in Inghilterra, deve esser fatto con le formalità prescritte dalla legge inglese. « Lo *statute of frauds* che riguarda la *real property* situata in Inghilterra e negli Stati d'America « *est lex que expresse testatores jubet jus loci sequi in quo bona sita sunt* » (1). E ciò vale anche per il diritto scozzese (2).

Per quanto riguarda invece la proprietà mobile vale l'atto del 1861: ma questa legge è stata promulgata allo scopo di permettere ai giudici inglesi di convalidare per tutta l'estensione dell'impero britannico i testamenti dei sudditi britannici che non fossero fatti conformemente alla legge del domicilio del testatore: il principio generale della *common law* è che il testamento riguardante beni mobili situati in Inghilterra è valido se è riconosciuto tale dalla legge del domicilio del testatore al momento della sua morte: e si noti bene *se è riconosciuto valido dalla legge del domicilio*, non già *se è fatto con le forme prescritte dalla legge del domicilio*, ciò che in alcuni casi può essere cosa differente: i giudici inglesi applicano dunque le norme di diritto privato interno di uno Stato estero se il testatore apparteneva a questo Stato e colà era domiciliato e colà aveva testato, le norme di diritto internazionale privato di codesto Stato se il cittadino testatore colà domiciliato avesse testato all'estero, o se uno straniero colà domiciliato avesse in quel territorio testato: un esempio chiarirà meglio la portata del principio inglese: se un italiano, domiciliato in Italia al momento della morte, fa in patria un testamento olografo o per atto di notaio, per giudicarne la validità il giudice inglese applicherà gli articoli del nostro Codice relativi alla forma del testamento in questione; ma se un italiano domiciliato in Italia al momento della morte, fa in Francia o in Inghilterra un testamento, per giudicarne la validità non applicherà la legge del domicilio in quanto regola la forma del testamento, ossia gli articoli applicati nell'altro caso, ma la legge del domicilio in quanto regola i testamenti fatti all'estero, ossia l'art. 9. Insomma di questo principio della *common law* « il s'ensuit, scrive il Dicey (3), que dans le cas où le défunt est un

(1) Burge, *Comment on Colonial and foreign Laws*, pag. 586 e seg. Ved. Westlake, *op. cit.*, § 159. 160 e *La doctrine anglaise*, *J. D. I. P.*, 1882, pag. 8; Phillimore, *op. cit.*, n[i] 584 e seg.; Lawrence, *op. cit.*, pag. 123.

(2) Story, *op. cit.*, n° 478.

(3) Dicey-Stocquart, *op. cit.*, vol. II, pag. 269 e seg.

étranger, domicilié en Angleterre au moment de sa mort, bien que résidant hors du pays, le testament est reconnu valable en Angleterre si la loi anglaise le considère comme tel, sans qu'il faille avoir égard à la loi nationale du défunt ou à celle du pays où il réside. D'un autre côté si D. résidant en Angleterre ou à l'étranger, est domicilié dans un autre pays étranger, nos tribunaux reconnaîtront la validité d'un testament portant sur des biens meubles si ce testament est considéré comme valable par la loi du pays où le testateur est domicilié (p. ex. la France) ». — « En disant que c'est la loi du domicile du défunt (1), qui régit sa succession, nous n'entendons pas toujours par là la loi commune, mais dans certains cas, la loi spéciale que la législation de l'État rend applicable aux étrangers qui y meurent domiciliés et qui n'est pas appliquable aux indigènes (2). Ainsi dans *Collier* c. *Rivaz*, le testateur, sujet anglais par naissance, vint à mourir lorsqu'il était domicilié en Belgique, en laissant un testament qui n'avait pas été fait conformément aux formes requises par la loi belge: mais celle-ci décida que dans le cas de l'espèce, la succession ne doit pas être réglée par les principes ordinaires du Code civil, auxquels sont soumis les sujets belges de naissance, mais bien par la loi du pays du testateur. Et il fut décidé que le testament valable d'après la loi anglaise, devait être reconnu comme tel en Belgique » (3).

---

(1) William's *Executors*, pag. 353, cit. in Dicey-Stocquart, *op. cit.*, loc. cit. ved. inoltre Westlake, *op. cit.*, § 74-78 e casi ivi cit., e *La doctr. angl. J. D. I. P.*, 1881, pag. 319; Story, *op. cit.*, n° 474, nota *a*; Phillimore, *op. cit.*, vol. IV, n° 864 e seg.; Burge, *op. cit.*, pag. 217 e seg., 586 e seg.; Wharton, *Conflict*, § 588; Lawrence, *op. cit.*, pag. 123. Ved. specialmente gli esempi e i casi riferiti in queste opere, dai quali, meglio che dal testo risulta chiaro il sistema inglese. Ved. anche l'interessante sentenza inglese, 13 febbraio 1884, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 120.

(2) L'autore inglese scrive « qui n'est pas appliquable aux indigènes » perchè l'esempio sotto riportato si riferisce a un testamento fatto da uno straniero in Belgio cui era stata applicata la norma della giurisprudenza francese relativa ai testamenti degli stranieri: ma non si deve credere che i giudici inglesi applichino solo la « loi spéciale que la législation de l'État rend applicable aux étrangers qui y meurent domiciliés et qui n'est pas appliquable aux indigènes » ma anche la legge speciale che la legge dello Stato applica ai cittadini all'estero, come p. es. l'art. 999 del Cod. francese. Alcuni degli esempi che sotto riportiamo ne fanno fede.

(3) Ancora: da due sentenze inglesi traduciamo: « In tutte le questioni relative alle successioni mobiliari la decisione del tribunale del domicilio del defunto

Per conseguenza di questo principio, una straniera, domiciliata in Spagna, dispone per testamento dei mobili posti in Inghilterra: secondo la legge spagnuola il testamento che ha fatto è valido: è riconosciuto perciò valido in Inghilterra (1); un francese, domiciliato in Francia e residente in Inghilterra, dispone dei mobili posti nella sua residenza con un testamento secondo le forme inglesi: siccome i tribunali francesi ne riconoscerebbero la validità in base all'art. 999, il giudice inglese lo dichiara valido (2): un francese domiciliato in Francia fa un testamento olografo secondo la forma francese relativo sempre a mobili situati in Inghilterra, e qui è dichiarato valido (3) e viceversa il testamento d'un americano domiciliato a Nuova York fatto in Inghilterra secondo la forma locale, non essendo valido secondo la legge di Nuova York perchè difetta di pubblicità, è nullo anche in Inghilterra: se lo stesso testatore avesse testato in Francia con la forma olografa, non essendo valido secondo la legge americana, non sarebbe valido neppure in Inghilterra; una inglese perduta la cittadinanza per il matrimonio con un tedesco, domiciliata in Germania, fa in questo paese un testamento secondo le forme dell'*English Will Act*, differenti delle germaniche; è nullo in Germania, è nullo quindi in Inghilterra (4), ecc. ecc.

Questo principio che prima del 1861 aveva vigore anche per i testa-

lega i tribunali inglesi ogni volta che le stesse questioni fra le stesse parti sono state decise da quel tribunale ». Doglioni c. Crispin *Law Reports* s. *House of Lords* 301; « è valido in Inghilterra un testamento che è valido in virtù della legge del domicilio del testatore o che è stato riconosciuto tale dai tribunali di quel domicilio straniero ». *In Goods of Deshais*, 34, *Law Journ.*, 58. Insistiamo su questo punto abbondando nelle larghe citazioni e negli esempi, perchè il modo in cui generalmente è inteso o almeno espresso dagli scrittori il sistema inglese (cfr. CATELLANI, *op. cit.*, Cap. v, n° 740; WEISS, *op. cit.*, pag. 708, nota 1; DUGUIT, *op. cit.*, pag. 197, ecc. ecc.) è tale da lasciar credere che il giudice inglese riconosca valido il testamento dello straniero se è fatto con le forme della legge del domicilio, mentre invece l'esatto sistema inglese è che lo riconosce valido se è riconosciuto tale dalla legge del domicilio, ciò che non sempre torna lo stesso.

(1) *In Goods of Maraner*, 1, *Haggard's Ecclesiast. Reports*, 498.

(2) *In Goods of Lacroix*, 2, *P. D.*, 94, in DICEY-STOCQUARDT, *op. cit.*, pag. 272.

(3) DICEY-STOCQUARDT, *op. cit.*, loc. cit.

(4) Corte d'appello, 13 febbraio 1884, *J. D. I. P.*, 1885, pag. 120. Notiamo infine che le corti inglesi si regolano secondo il giudizio del tribunale dell'ultimo domicilio del *de cujus:* se presso questo tribunale *sub judice lis est*, aspettano che sia resa la sentenza: se infine il tribunale del domicilio non è stato

menti dei sudditi britannici (1) è stato per questi modificato (non sostituito, perchè per i testamenti dei non sudditi britannici continua ad avere pieno vigore) dal *Lord Kingsdown's Act*, secondo la sezione prima del quale il testamento di un suddito britannico (2) fatto all'estero sarà valido in Inghilterra se è fatto secondo la forma della *lex loci actus*, o secondo quella del domicilio del testatore al momento in cui testa, o secondo quella in vigore in quella parte dei dominii di S. M. dove il testatore aveva il domicilio d'origine. Si noti che mentre il vecchio principio generale della *common law*, come abbiamo mostrato, dichiara valido il testamento se è valido *secondo la legge* del domicilio del testatore al momento della sua morte, l'atto del 1861 seguendo il criterio comune delle legislazioni continentali europee lo dichiara valido *se è fatto nella forma* richiesta (*if the same be made according to the form required*, ecc.) da una o l'altra delle tre leggi (3). Quindi il suddito britannico, domiciliato in Italia, originario del Canadà e che fosse temporaneamente in Germania, ha perciò la scelta fra la forma testamentaria italiana (*lex domicilii*), la canadense (*lex domicilii originis*) o la germanica (*lex loci actus*). Se un suddito britannico poi testa nel territorio del Regno-Unito sarà per lui obbligatoria la regola *l. r. a.* (sez. II dell'atto del 1861) (4).

Siccome poi il domicilio di una persona fisica, secondo il diritto inglese, è il luogo o il paese che la legge considera come sua dimora (*home*) permanente (5), e questo criterio, non corrispondendo a quello

---

adito, giudicano della validità (in ogni caso, prima del 6 agosto 1861 e dopo solo per i testamenti degli stranieri) applicando esse la legge dell'ultimo domicilio; WESTLAKE, *op. cit.*, § 74-78 e *La doctr. angl.*, *J. D. I. P.*, 1881, pag. 319.

(1) STORY, *op. cit.*, loc. cit.; BURGE, *op. cit.*, pag. 586 e seg. Ved. specialmente in questo il caso della duchessa di Kingston, e i casi Bernes e Nasmyth.

(2) « Malgrado le ultime parole dell'atto del 1861 (Ved. sopra, n° 4) mi pare, scrive il giudice inglese, che questa disposizione si applichi non soltanto ai sudditi britannici aventi il loro domicilio d'origine nei possessi di S. M., ma anche a tutti i sudditi britannici, p. es. ai figli dei sudditi britannici che, anche nati nei possessi di uno stato straniero, devono essere considerati sotto tutti i rapporti, come sudditi britannici ». Alta Corte di giustizia, Divis. dei *probate*, divorzio e ammiragliato 28 gennaio 1878, *J. D. I. P.*, 1879, pag. 70.

(3) Ved. esempi e casi in DICEY-STOCQUART, *op. cit.*, pag. 280 e seg., e sent. 28 gennaio 1878, cit. nota preced.; Alta Corte di giustizia, 11 marzo 1890, *J. D. I. P.*, 1892, pag. 265.

(4) *Ibidem*, pag. 276, n° 3 e 4, esempi e casi.

(5) DICEY STOCQUART, *op. cit.*, vol. I, pag. 58 e seg.; STORY, *op. cit.*, n° 39 e seg.; PHILLIMORE, *op. cit.*, vol. IV, n[i] 37 e seg.

di molte altre legislazioni, poteva nell'applicazione dell'atto di Lord Kingsdown dare origine a molti conflitti, fine radicalmente opposto a quello cui tendeva quell'atto, così nello stesso giorno (6 agosto 1861) è stata con una legge (1) autorizzata S. M. a concludere coi governi stranieri una serie di convenzioni mediante le quali fosse stabilito che nessun straniero, rispettivamente residente nell'altro Stato contraente e in Inghilterra, non sarà considerato come domiciliato nel paese in cui risiede a meno che la residenza non duri da un anno precedente immediatamente la morte e non abbia fatto e deposto (l'inglese in una amministrazione pubblica dello Stato in cui intende stabilire il domicilio, lo straniero al ministero degli interni inglese) una dichiarazione scritta constatante la sua intenzione d'esservi domiciliato: in mancanza dell'anno di residenza e della dichiarazione, l'inglese sarà considerato sempre per la sua successione testamentaria e *ab intestato* come domiciliato in Inghilterra, lo straniero nella sua patria. Ma il Phillimore più di venticinque anni dopo scriveva di non conoscere nessuna convenzione di questa specie conclusa dall'Inghilterra con altri Stati (2).

Negli Stati Uniti d'America (3) ha generalmente vigore il principio della *common law* non modificato, naturalmente, dall'atto del 1861. La regola quindi è che la forma del testamento relativo ai beni immobili è retta dalla *lex rei sitae*, quella del testamento relativo ai mobili dalla *legge* dell'ultimo domicilio del *de cujus* (4). Nel noto caso Wurts l'uno e l'altro principio sono stati applicati: la Wurts, americana, residente a Nizza durante dodici anni, aveva fatto in Francia un testamento, secondo le forme dello Stato di Nuova York, relativo a beni

(1) Stat. 24-25 Vict., c. 121 per esteso in Lehr, *Dr. civ. anglais*, n° 928 e meglio in Dicey-Stocquart, vol. II, pag. 361.

(2) Phillimore, *op. cit.*, vol. IV, n° 864.

(3) Rorer, *op. cit.*, pag. 287 e aut. e sent. ivi cit.; Dudley-Field, *op. cit.*, art. 591; Lawrence, *op. cit.*, vol. III, pag. 75 e 123; Wharton, *op. cit.*, § 588; Story, *op. cit.*, n° 468; Burge, *op. cit.*, loc. cit.; Corte d'appello Nuova York, 1873, *J. D. I. P.*, 1874, pag. 86.

(4) Anche per l'America, come per il principio generale inglese, dalla *legge* dell'ultimo domicilio e non dalla forma del luogo dell'ultimo domicilio: nel caso Wurts il giudice Rapallo diceva « car quand nous parlons de la loi du domicile s'appliquant à la loi de succession nous entendons, non la loi générale, mais la loi que le pays du domicile applique à chaque cas particulier ». *J. D. I. P.*, 1874, pag. 90; ved. anche il caso Maltrass ivi cit., e la decisione della suprema Corte di Pennsylvania del 1808 cit. in Story, *op. cit.*, loc. cit.

mobili ed immobili posti in questo paese: intentata un'azione di nullità delle disposizioni relative ai mobili davanti al giudice americano, questi, dopo aver constatato che per i beni immobili non v'era questione, essendo il testamento fatto secondo la *lex rei sitae*, lo dichiarava valido anche per i beni mobili, perchè non credeva che la Wurts avesse mai perduto il suo domicilio a Nuova York e secondo le leggi di questo Stato aveva fatto testamento, e perchè, anche se fosse morta avendo il domicilio in Francia, il suo testamento sarebbe stato valido lo stesso, perchè la giurisprudenza francese (1) lo avrebbe riconosciuto valido (2).

Ai due principii generali della *common law* relativi alla *real* ed alla *personal property* sono state tuttavia anche in America portate varie eccezioni. Negli Stati e territori di Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Connecticut, Nuova York, Wisconsin, Maryland, Arkansas, Dakota, Montana, Luigiana, Indiana si ammette la regola *l. r. a.* tanto per i testamenti relativi a mobili che ad immobili. però questo nei conflitti interstatuali, non in quelli internazionali (3): « la stessa regola è ammessa per la proprietà personale nel Missuri e nell'Oregon. Negli Stati di Nuovo Hampshire, Massachussetts, Maine, Vermont, Connecticut, Nuova York (per i testamenti fatti nella Gran Brettagna e nel Canadà), Wisconsin, Maryland, Kentucky, Dakota, Montana e Luigiana si concede l'impero più pieno e negli Stati di Nuova York (per i paesi stranieri fuori della Gran Brettagna e del Canadà), Virginia e Kentucky, quello limitato ai mobili alla regola *l. r. a.* anche quando trattasi di testamenti fatti all'estero » (4). In questi Stati poi per la successione mobiliare si concede al testatore anche di seguire la forma della legge personale (5).

La prevalenza della legge del domicilio per giudicare della forma dei testamenti più o meno largamente si manifesta anche in Danimarca e nella legislazione federale svizzera. In Danimarca un testa-

---

(1) La sentenza si appoggia su quella della Cass. francese. 12 gennaio 1869, *Sir.*, 69, 1, 138.

(2) Corte d'appello Nuova York, 1873, *J. D. I. P.*, 1874, pag. 86.

(3) CATELLANI, *op. cit.*, Cap. V, n° 740; RORER, *op. cit.*, loc. cit.; LAWRENCE, *op. cit.*, pag. 75, *J. D. I. P.*, 1875, pag. 135. Chiamiamo conflitti interstatuali sull'esempio del Rorer « inter state law », quelli fra leggi degli Stati americani federati.

(4) CATELLANI, *op. cit.*, loc. cit.

(5) Ibidem, n° 741.

mento fatto all'estero non è valido se il testatore prima della sua morte aveva stabilito il domicilio sul territorio danese, e se aveva omesso nel suo atto qualcuna delle forme prescritte dalla legge danese. Inoltre una persona la quale abbia stabilito il suo domicilio in Danimarca deve rifare il testamento secondo le forme danesi, semprechè ne abbia il tempo sufficiente prima della sua morte. Fondamento di questa dottrina sembra essere la disposizione di diritto transitorio della legge 21 maggio 1845, § 33, secondo la quale un testamento fatto nelle forme abrogate e meno rigorose di quelle allora introdotte, non era calcolato valido, a meno che la morte od altre circostanze non avessero impedito il testatore di rifarlo con le nuove forme: notisi anche che le attuali forme danesi sono molto rigorose, non è ammesso il testamento olografo, il notaio deve dichiarare per iscritto che il testatore è nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, ecc. (1).

In quanto alla Svizzera abbiamo veduto le disposizioni delle varie leggi cantonali, del Concordato del 1822 e della legge federale del 1891: questa nell'art. 24 è conforme all'atto di Lord Kingsdown con questo di più che lascia al disponente facoltà di seguire per la forma del testamento anche la legge dell'ultimo domicilio. Quindi il testatore ha la scelta fra le forme prescritte da queste quattro leggi: *lex loci actus*, *lex domicilii*, *lex domicilii originis* e *lex domicilii postremi*. La concessione non potrebbe essere più larga. Ci mancano notizie per sapere come questa legge è stata applicata: i commentatori d'essa si limitano a riportare la disposizione dell'art. 24 e a chiarirla brevemente (2): ricordiamo solo che questo articolo, come del resto tutto il corpo di quella legge relativo al diritto successorio, non si applica che quando si tratti di svizzeri domiciliati alla loro morte in un cantone differente da quello d'origine (3) e che tutta la legge è pure applicata agli stranieri (4) domiciliati in Svizzera (art. 32). Quando si tratterà quindi della forma di un testamento di uno straniero non domiciliato nella Svizzera riavranno vigore le dispo-

(1) *Z. I. P. R.*, vol. I, pag. 229 e sent. ivi cit.

(2) Des Gouttes, *Les rap. de dr. civ., etc.*, pag. 290; Wolf, *Civilrecht. Stellung der Ausl.*, n° 36, *Zeits. f. schweiz. Recht.* Nuova serie, vol. XIII, pag. 336.

(3) Des Gouttes, *op. cit.*, pag. 292.

(4) Per il modo in cui può esser intesa la legge nella sua applicazione agli stranieri, ved. tutto lo studio cit. del Wolf a pag. 1 e 319 della *Zeits. f. schweiz. Recht.*, vol. XIII.

sizioni delle leggi cantonali: e così anche, pare, per i testamenti degli svizzeri all'estero (1), perchè il titolo secondo della legge, che a questi si riferisce, non reca disposizione alcuna relativa alla forma degli atti e perchè l'art. 24 fa parte del titolo primo: « Des rapports de droit civil des ressortissants suisses établis ou en séjour en Suisse ». Per gli svizzeri all'estero probabilmente il Consiglio federale penserà, sembra, a concludere delle convenzioni internazionali sull'esempio di quella con la Francia del 15 giugno 1859: notiamo però che questa nulla stabilisce circa alla forma dei testamenti: « il en résulte pour nous, scrive il Roguin (2), que dans chaque pays les tribunaux pourront faire appel aux théories générales du droit international privé. Mais, nous tenons aussi à constater qu'ils *pourraient* appliquer, sans léser la convention de 1869, purement et simplement les dispositions de la loi soumettant la succession mobilière ou immobilière » (3).

9. Alcune fra le più dibattute questioni sull'argomento che stiamo trattando nascono dal determinare se qualche disposizione legislativa relativa al testamento ne riguardi la sostanza o la forma. È doveroso trattarne per sapere se ad esse sia o meno applicabile la regola nostra.

Alcune legislazioni fanno dipendere la validità del testamento dal fatto che il disponente sia sopravissuto un certo tempo dopo avere manifestato nelle forme richieste la sua ultima volontà: parecchie *coutumes* francesi richiedevano appunto « trois mois de survie », e qualche rara legislazione odierna contiene una simile disposizione (4):

---

(1) Des Gouttes, *op. cit.*, pag. 27; Wolf, *op. cit.*, n° 3, *Zeits.*, pag. 3.

(2) Roguin, *Confl. des lois suisses*, n° 300.

(3) Con la legge federale del 1891 è stato abrogato (art. 39) il concordato del 1822: prima della legge federale i cantoni concordatari applicavano alla forma del testamento l'art. 3 del concordato (Roguin, *op. cit.*, n° 191) e ognuno di quelli non concordatari le disposizioni della propria rispettiva legislazione (Roguin, *op. cit.*, n° 180).

(4) Una disposizione sotto un certo aspetto simile contiene la legislazione inglese, in quanto per calcolare domiciliato all'estero agli effetti della successione un suddito britannico, richiede un anno di residenza precedente immediatamente la morte nel paese dove intende fissare il domicilio: sempre che però questo Stato abbia concluso con l'Inghilterra la convenzione da cui dipende l'applicazione in ambedue gli Stati contraenti della disposizione riferita: supponiamo che questo trattato stringa l'Inghilterra e l'Italia e che un inglese residente a Roma si rechi temporaneamente nei Paesi Bassi e colà faccia un testamento con la forma olografa italiana: s'egli muore dopo un anno di residenza in Italia,

questa evidentemente non riguarda la forma del testamento: è una condizione alla quale è sottoposto il testamento, perfetto circa alla forma sua: che uno straniero testi nello Stato di cui il Codice contiene quella disposizione o che un cittadino di questo Stato testi all'estero, non si potrà mai applicare al primo e non applicare all'altro quella norma invocando la regola nostra (1). Già l'ordinanza francese del 1734 dichiarava che la disposizione dei « trois mois de survie » apparteneva agli « statuts réels » ai quali la regola *l. r. a.* non poteva trovar applicazione (2). Si potrà far questione intorno alla norma di diritto internazionale da invocarsi per questo caso, ma non certo sarà il principio *l. r. a.*

Lo stesso dicasi per quei conflitti che possono nascere fra le legislazioni che ammettendo il testamento nuncupativo, lo dichiarano efficace solo per un certo tempo dopo che il testatore ha riacquistato la possibilità di fare un testamento scritto, ma che differiscono nello stabilire la quantità di giorni o di mesi nei quali la disposizione è calcolata valida.

Più gravi difficoltà presenta il testamento congiuntivo, sia esso reciproco o a favore di terzi (simultaneo). Mentre la maggioranza delle legislazioni vieta il testamento congiuntivo, alcune (3) ancora lo conservano: ora, le disposizioni legislative che lo regolano si riferiscono alla forma o alla sostanza delle disposizioni? È al testamento congiuntivo applicabile la regola *l. r. a.?* Il tribunale della Senna decise che « les prohibitions des art. 968 et 1097 Cod. civ. relatives aux dispositions réciproques et mutuelles faites entre époux par un

---

il giudice inglese, calcolandolo qui domiciliato, riconoscerà valido il suo testamento fatto secondo la forma della *lex domicilii;* s'egli muore prima che sia compiuto l'anno di residenza, sarà calcolato domiciliato in Inghilterra, e il testamento nullo, perchè non conforme alla legge *loci actus* nè alla legge inglese, che nel caso sarebbe quella del domicilio d'origine, e insieme quella del domicilio al momento della redazione dell'atto.

(1) v. BAR, *op. cit.*, n° 373.

(2) MAILHER DE CHASSAT, *op. cit.*, n° 23.

(3) Cod. austriaco, § 583, 1248, Landrecht prussiano, I, 12, § 614 e II, 1, § 482, bavarese, III, 4, § 10, würtemberghese, III, 3, § 14 e 7, § 5; è pure ammesso in qualche cantone svizzero, in Danimarca, in Svezia, in Norvegia (solo il simultaneo *J. D. I. P.*, 1884, pag. 208), nell'isola di Malta (ST. JOSEPH, *op. cit.*, vol. II, pag. 592), ecc. In Germania generalmente devono esser fatti per iscritto: in alcuni paesi germanici i coniugi non possono testare separatamente (LEHR, *Dr. civ. german.*, vol. II, n° 1505).

seul et même acte, intéressent simplement la forme des actes et ne portent pas atteinte à la capacité des parties » (1), e applicò al testamento congiuntivo la regola nostra: questa decisione del resto si uniformò a quanto avevano più volte deciso le Corti francesi, italiane, germaniche (2) e quasi unanimemente sostenuto gli scrittori (3). Per quanto, essi dicono, la proibizione dei testamenti congiuntivi non sia che una conseguenza logica del carattere revocabile delle disposizioni d'ultima volontà, per quanto una forma che sembra esser connessa così strettamente alla sostanza possa sembrare come naturalmente sottoposta alla stessa legge che è competente per questa, non si può tuttavia dissimularsi che si tratta sempre d'una questione di forma e che è quindi naturale di porla sotto l'influenza protettrice della vecchia regola *l. r. a.* (4). Si noti però che così i giudicati come gli scrittori sembrano condotti a questa conclusione da considerazioni d'indole pratica, dai « cruels mecomptes » derivanti da una soluzione differente, dalla opportunità di togliere i dubbi, ecc. (5). Tuttavia altri combattono questa teoria, dicendo che gli art. 968 Cod. civile francese e 761 Cod. italiano non riguardano la forma ma la capacità, che le formalità del testamento congiuntivo « touchent immédiatement à l'indépendance de la personne et à la liberté du consentement » (6) e quindi alla legge nazionale del disponente spetterà il regolarle, che la proibizione del testamento congiuntivo « est une condition de solennité, qui, comme telle, est réglée par la loi person-

---

(1) Trib. Senna, 23 dicembre 1881, *J. D. I. P.*, 1882, pag. 322.

(2) Cass., 23 giugno 1313, *Sir.*, 13, 1, 378; Pau, 13 dicembre 1836, *Dalloz, Rép.* v° *Testament*, n° 2578; Tolosa, 11 maggio 1850, *Sir.*, 50, 2, 529; Caen, 22 maggio 1850, *Sir.*, 50, 2, 566; Parigi, 24 dicembre 1866, *Bull. Cour Paris*, 1866, pag. 789; Parigi, 10 agosto 1872, *Sir.*, 72, 2, 269; Grenoble, 25 luglio 1876, *Droit*, 24 dicembre 1881; Corte Milano, 15 luglio 1864, *Raccolta*, 1864, pag. 157; Trib. di Colonia, 1° marzo 1881, *J. D. I. P.*, 1882, pag. 360; è da notare che quest'ultima sentenza germanica interpretò il diritto francese vigente nelle provincie renane.

(3) Buniva, *Delle successioni*, n° 105 e seg.; Aubry et Rau, *op. cit.*, vol. VII, § 667; Demolombe, *op. cit.*, vol. XXI, n[i] 20 e 476; Merlin, *Rép.*, v° *Testament conjonctif;* Brocher, *op. cit.*, vol. II, n° 144; Weiss, *op. cit.*, pag. 711; v. Bar, *op. cit.*, n° 373.

(4) Brocher, *op. cit.*, loc. cit.

(5) Vedi i motivi delle sentenze, specie di quelle di Tolosa e di Caen riferiti in Laurent, *op. cit.*, vol. VI, n° 318.

(6) Antoine, *op. cit.*, n° 96, pag. 101.

nelle du testateur » (1), o che è una regola d'ordine pubblico la quale s'impone al francese anche all'estero (2). Quest'ultimo argomento è specialmente difeso dal Laurent (3): egli nega che si tratti di una regola di capacità e nega che si possa applicare la massima *l. r. a.*; è vero, continua, che l'art. 968 si trova nella sezione intitolata: « Des règles sur la forme des testaments » (4); ma ciò non prova che sia relativo ad una formalità propriamente detta nel senso dell'adagio tradizionale *l. r. a.*; questo « concerne les formes extrinsèques ou instrumentaires, qui ont pour objet d'assurer la libre expression de la volonté des parties; est-ce-que l'art. 968 a pour objet de garantir les testateurs contre les obsessions, les suggestions ou les captations qui les assiègent? ». Ciò che, secondo il Laurent, deve far rispettare quell'articolo anche dai francesi all'estero è che « l'ordine pubblico è interessato alla proibizione dei testamenti congiuntivi; questa tende a prevenire le contestazioni e i processi, come anche la diversità di giurisprudenza »; perciò nè in Francia nè all'estero vi si può derogare.

Noi escludiamo assolutamente che una disposizione che vieti il testamento congiuntivo sia relativa alla capacità: uno è capace o è incapace di disporre per testamento delle cose sue, ma non si può dire che sia capace di far testamento olografo e incapace di far testamento autentico; la legge determina l'età e le altre condizioni personali fisiche del disponente, avendo le quali uno può efficacemente disporre delle cose sue e con ciò regola la capacità, stabilisce poi il modo in cui deve manifestare la sua volontà e con ciò regola la forma, nè determinando quali sono i modi permessi e quali i vietati viene affatto a modificare la capacità che c'è o non c'è, ma non si acquista, nè si perde, nè si modifica per quello.

A nostro credere le disposizioni relative al testamento congiuntivo sono puramente e semplicemente disposizioni relative alla forma dell'atto; la legge permette o vieta un modo di manifestazione della volontà, una forma: regola la validità estrinseca, non l'intrinseca del-

(1) DUGUIT, *op. cit.*, pag. 138, il quale aggiunge: « la prohibition des testaments conjonctifs est une conséquence de la nécessité d'un écrit (?!); par suite, la même loi doit régir ces deux conditions ».

(2) DESPAGNET, *op. cit.*, n° 276. Contro l'applicazione della regola anche MARCADÉ, *op. cit.*, vol. IV, pag. 63; BERTAULD, *op. cit.*, vol. I, pag. 121.

(3) LAURENT, *op. cit.*, vol. VI, n[i] 316-319.

(4) Non così però, e giustamente, nel nostro Codice l'art. 761, che si trova nelle disposizioni generali sulle successioni testamentarie.

l'atto. Nè le osservazioni del Laurent distruggono questa verità; non comprendiamo come egli possa dubitare che il legislatore abbia proibito i testamenti congiuntivi per garantire i testatori contro le ossessioni, le suggestioni, ecc.: è stato appunto il desiderio di evitare il pericolo che un testatore influisca sull'altro, di garantire la libera e sincera espressione della volontà, quello che ha condotto il legislatore a proibirli: il dire poi che l'ordine pubblico è interessato alla loro proibizione, perchè questa tende a prevenire le contestazioni, i processi e la diversità di giurisprudenza, è un argomento di nessuna efficacia; se fosse vero questo, non ci sarebbe un solo articolo in tutti i Codici civili e in tutte le leggi speciali che non fosse d'ordine pubblico! Un lato di vero c'è nel senso che il testamento congiuntivo, essendo una forma di una speciale disposizione per causa di morte, è connesso con l'ordine pubblico come lo è la forma di qualsiasi atto; ma da ciò solo, come abbiamo altrove dimostrato (1), non se ne può inferire che i francesi e gli italiani debbano rispettarne anche all'estero la proibizione (2).

Per noi le disposizioni relative al testamento congiuntivo sono relative alla forma; ma se in ciò dissentiamo dal Laurent, non ne dissentiamo dalla conclusione: anche secondo noi due italiani o due francesi in Germania o in Danimarca non possono fare un testamento congiuntivo: ma per ben differenti ragioni da quelle dal Laurent e dagli altri esposte. Carattere giuridico fondamentale del testamento non congiuntivo è quello d'essere revocabile; il disponente è per esso sempre dalla legge tutelato in modo da avere fino all'ultimo momento della sua vita piena e libera facoltà di modificare, mutare, annullare le sue disposizioni, e a quelle sole la legge concede valore giuridico che per il tempo in cui sono state fatte risultano essere le sue ultime volontà; solo la morte dà alla volontà del testatore la sua definitiva espressione; qualunque altro atto che non abbia questo carattere di revocabile, sarà una disposizione per causa di morte, sarà anche, se si vuol chiamarla così, una disposizione testamentaria, ma nel suo vero e proprio significato, nella sua giuridica natura, testamento non è. Carattere giuridico sostanziale del testa-

(1) Vedi parte gen., cap. III, nº 18.

(2) Non neghiamo che ragioni di moralità e d'ordine pubblico non abbiano indotto il legislatore a proibire il testamento congiuntivo: ma non certo quelle addotte dal Laurent.

mento congiuntivo è invece quello d'essere irrevocabile: quando è reciproco, siccome la disposizione fatta da ognuna delle parti ha o facilmente si suppone abbia per causa la disposizione fatta dall'altra, i legislatori lo hanno dovuto dichiarare irrevocabile per non favorire le frodi, per non permettere almeno le facili violazioni di fede: quando è congiuntivo non reciproco, ossia simultaneo, lega anche maggiormente la volontà dei testatori, è anche meno revocabile del reciproco, perchè in questo, morta una parte, l'altra riacquista la libera disposizione delle cose sue, mentre nel simultaneo rimane sempre obbligata a mantenere nel proprio testamento tutte le liberalità a favore di terzi che aveva fatte d'accordo col defunto. Ora, lo ripetiamo, dichiararlo irrevocabile è mutare la natura giuridica del testamento che non viene così più ad essere un atto di *ultima* volontà. Il fatto che la revocabilità e la irrevocabilità dipendono strettamente dalla forma del testamento, ha indotto la maggioranza a credere che fra il testamento ordinario e il congiuntivo la differenza non sia che di forma: ma ben più intima sostanziale differenza intercede, tale da render le due disposizioni per causa di morte completamente distinte, sebbene lo stesso nome di testamento all'una e all'altra sia attribuito (1).

Quando due italiani quindi, trovandosi in Germania, fanno un testamento congiuntivo, non è già che approfittino di una forma locale per le loro disposizioni di ultima volontà, ma fanno queste con la forma di un istituto di natura giuridica differente dal testamento e non ammesso dalla legge patria: sarebbe lo stesso come un italiano per fare il suo testamento all'estero usasse le forme locali della donazione per causa di morte, dato che fossero differenti dalle testamentarie: non è quindi da invocarsi nel caso la regola nostra; il testamento congiuntivo di due italiani è nullo in Italia non per una ragione di forma nè di capacità, ma perchè l'atto da essi è giuridicamente differente dal testamento e non è riconosciuto dal nostro Codice (2).

(1) E quella fra atto revocabile e atto irrevocabile non è la sola differenza: il testamento congiuntivo partecipa anche, sotto un certo aspetto, della natura del contratto.

(2) Ci si potrebbe osservare che siccome in alcuni Stati, in Austria per es. (§ 1248), il testamento congiuntivo è revocabile, verrebbe a mancare, per un testamento fatto in quello Stato da due italiani nello stesso atto, la ragione che ci fa respingere l'applicazione della regola nostra: notiamo però che quella della revocabilità se è la principale, non è la sola differenza giuridica fra testamento e testamento congiuntivo. Vedi nota precedente.

Il principio *l. r. a.* sarà solo applicabile per decidere della validità formale di un testamento congiuntivo fatto in un paese che lo ammette da due individui appartenenti ad uno Stato che pure lo riconosca: di un testamento congiuntivo ad es. di due danesi in Austria; ma non sarà applicabile ad un testamento fatto da due italiani in Austria o in Danimarca o da un italiano ed un austriaco pure in Danimarca o in Germania. Se due danesi o due austriaci lo facessero in Italia, dovrebbero, volendo, farlo con la forma personale, esponendosi tuttavia al pericolo che i nostri tribunali calcolando l'articolo 761 come una di quelle disposizioni proibitive cui in nessun modo si può derogare, non ne volessero rinoscere la validità.

10. Eccettuati i casi or ora studiati nei quali non trattandosi di forma non può trovar applicazione la regola nostra, a questa quante e quali volte, in materia di testamento, si può fare eccezione?

Della facoltatività sua, cioè delle eccezioni ad essa in favore della legge personale (nazionale o del domicilio) o di quella del domicilio di origine o di altre abbiamo già parlato: non si esaminò tuttavia la questione se la *lex rei sitae* possa o debba determinare la forma del testamento. Secondo la *common law* inglese o americana per le successioni immobiliari sappiamo già essere la *lex rei sitae* quella che decide sovranamente della validità del testamento: abbiamo anche veduto che secondo il trattato sud-americano del 1889 la legge della situazione dei beni ereditari al momento della morte del *de cujus* regge la forma del testamento. Ma secondo il diritto europeo continentale il testamento fatto secondo la *lex loci* è efficace per tutti i beni qualunque sia la loro natura e la loro situazione? La risposta affermativa è data unanimemente; la maggior parte degli scrittori non esamina neppure la questione, come inutile; solo chi come il Foelix (1) crede che il permesso di usare le forme del luogo di redazione dell'atto non sia che una eccezione (introdotta a favore del proprietario e cui può rinunciare) al principio, « résultant de la nature des choses » che lo statuto reale regge gli immobili, sostiene che invece della forma della legge personale o di quella del luogo si può fare il testamento secondo quella della *lex rei sitae;* l'opinione generale a questa contraria s'impone, del resto, per la sua evidenza:

(1) Foelix, *op. cit.*, vol. I, nº 84.

quasi tutte le legislazioni (1), determinano il modo in cui si può testare senza preoccuparsi della natura e della situazione dei beni e senza che per questa o per quella stabiliscano qualche speciale forma di testamento: per le disposizioni fatte all'estero sanciscono, obbligatoria o facoltativa in favore della forma personale, la regola *l. r. a.;* perchè dunque un testamento fatto secondo la forma locale, non dovrebbe esser efficace su qualunque bene, in qualunque luogo situato, e perchè la *lex rei sitae* dovrà o potrà determinare la forma dei testamenti fatti all'estero, quando nè la natura nè la situazione dei beni influisce menomamente sulla forma dei testamenti fatti in patria, e quando le forme delle disposizioni di ultima volontà, sono stabilite, avuta considerazione alla persona del disponente, per garantirne la libera e sincera manifestazione del volere, e non in riguardo al luogo in cui sono posti i beni o alla natura loro? Certo che le pratiche di trascrizione sui registri fondiarii dei passaggi di proprietà per successione, di deposito del testamento presso l'autorità, di ventilazione ereditaria, ove sia stabilita, ecc. dovranno essere osservate a norma della *lex rei sitae;* ma queste nulla hanno che fare con la forma del testamento.

Fra le eccezioni che alcuni (2) vogliono porre alla regola notiamo pure quella per i testamenti fatti all'estero *in fraudem legis.* Intorno a questa eccezione ed alle ragioni che la fanno respingere assolutamente, quello che abbiamo altrove detto (3) ci dispensa dal ripeterci qui; ricordiamo solo una molto criticabile sentenza della Corte di Lucca (4) la quale ammette che la regola per i testamenti cesserà di essere applicabile quando il testamento fosse stato fatto all'estero per eludere la legge nazionale e quando fosse provato che esisteva un motivo d'interesse per non osservare la forma patria del testatore.

Un'eccezione, punto giustificabile, ma tuttavia ammessa dal diritto cantonale di Friburgo e San Gallo, è quella che consiste nel riconoscere validi i testamenti fatti dai cittadini all'estero nella forma locale soltanto se i disponenti all'estero muoiono: la legge di San Gallo, dopo aver sancito la regola nostra, stabilisce che se il sangallese rientra

(1) Fa eccezione la russa: vedremo che valore nei conflitti internazionali possano avere le sue disposizioni.

(2) Vedi autori citati a nota 5, pag. 154.

(3) Parte gen., cap. IV, n° 6 e parte speciale, cap. I, n° 12.

(4) NORSA, *Revue de la jurispr. ital., R. D. I.,* 1875, pag. 207.

nel cantone deve rifare testamento con le forme patrie e il Codice (1) di Friburgo (art. 785) lascia al friburghese, che abbia testato all'estero con le forme locali, novanta giorni di tempo dopo il suo ritorno nel cantone per rifarlo, uniformandosi alla forma personale, dopo del qual tempo il testamento fatto all'estero è nullo: molto simile è anche la legislazione danese (2). Questa eccezione, che ebbe qualche sostenitore (3), non sembrava, e giustamente, al Savigny (4) molto « conforme ai principii »; ed invero, dal momento che la legislazione ammette la regola *l. r. a.* perchè limitarne l'efficacia soltanto al tempo in cui il testatore rimane all'estero? Questa validità formale del testamento sottoposta ad una condizione non relativa alla forma è qualche cosa di antigiuridico. Il Savigny, pure criticando quelle disposizioni, consigliava tuttavia ad un prudente padre di famiglia di rifare il suo testamento in patria per prevenire ogni possibile contestazione; ma questo è un consiglio inspirato unicamente da considerazioni d'indole pratica. Ricordiamo a questo proposito che il Codice argentino nettamente, ma con eccesso di precauzione, stabilisce che il testamento fatto dall'argentino all'estero secondo la *lex loci actus* sarà sempre valido, anche se il testatore ritorna nella Repubblica e in qualunque epoca muoia.

Maggiori incertezze presenta la questione, se il testamento fatto dallo straniero secondo le forme del luogo di redazione, o secondo la forma nazionale, conservi la sua validità dopo un mutamento di cittadinanza del testatore: nel primo caso, se ha seguìto cioè la forma *loci actus*, tutti sono concordi (5) a crederne immutata la validità; non così se lo ha fatto con la forma personale: se, per es., un italiano, fatto un testamento olografo con la forma italiana mentre si trovava nei Paesi Bassi, acquista la cittadinanza d'uno Stato dove non è ammesso l'olografo, sarà il suo testamento valido? Il von Bar, il Foelix ed altri

(1) Codice del 22 maggio 1834.

(2) Vedi sopra n° 8.

(3) EICHORN, *Deutsches Recht*, § 37 cit. in SAVIGNY, *op. cit.*, vol. VIII, § 381; ADLERFLYCHT, *Privatrecht der freien Stadt Frankfurt*, I, 511 cit. in BAR, *op. cit.*, n° 372, nota 27.

(4) SAVIGNY, *op. cit.*, loc. cit. Nello stesso senso BAR, *op. cit.*, loc. cit. e SCHAEFFNER, *op. cit*, pag. 188.

(5) BAR, *op. cit.*, n° 370 e sent. del Trib. Supremo di Berlino, 3 aprile 1857 ivi cit.; SCHAEFFNER, *op. cit.*, pag. 195; MUHEIM, *op. cit.*, pag. 256; FOELIX, *op. cit.*, n° 117 e autori ivi citati; ASSER-RIVIER, *op. cit.*, n° 63, nota 2.

rispondono negativamente (1): partendo dal concetto che, prima della morte del testatore, il testamento non conferisce nessun diritto all'erede o al legatario e che la legge personale del *de cujus*, prevalente nel diritto successorio, è quella dello Stato al quale il defunto apparteneva al momento della morte, essi credono che il testamento fatto con le forme stabilite dalla legge dello Stato di cui il disponente aveva perduto la nazionalità non sarà valido, a meno che quelle forme non corrispondano a quelle della sua ultima patria: non possiamo seguire questa dottrina, basata, ci sembra, su di una petizione di principio: il testamento, a nostro avviso, rimane anche in questo caso valido; e invero, sia fatto esso secondo le forme locali o le forme nazionali, esso rimane valido non già perchè corrisponde alla forma del *locus actus* o a quella della *lex originis*, ma perchè è stato redatto validamente. Siamo in un caso molto analogo a quello che si presenta nel diritto transitorio: se una nuova legge muta le forme dei testamenti non vengono per questo invalidati affatto tutti quelli fatti anteriormente con le vecchie forme (2): quando il testatore essendo italiano ha testato, lo ha fatto in modo da essere le sue disposizioni valide secondo la legge italiana? Certo che sì, perchè l'art. 9 gli permetteva di seguire anche all'estero la forma olografa nostra: e se valide erano, valide rimangono, qualunque cittadinanza acquisti (3).

È stato appunto per togliere ogni dubbio circa al valore dei testamenti fatti prima della mutazione di domicilio che l'atto di lord Kingsdown ha creduto opportuno di dichiarare inalterata la loro validità. Fino al 1861 i tribunali inglesi hanno deciso che bisognava considerare come nullo il testamento annullato per vizio di forma nel paese del domicilio del testatore, benchè l'atto fosse perfettamente valido di fronte alla *lex loci actus* (4). Così che se Mevio, domiciliato in Italia, faceva un testamento olografo con la forma nostra e moriva domiciliato in Inghilterra, il testamento sarebbe stato dichiarato nullo in Inghilterra, e viceversa se un inglese domiciliato in Inghilterra faceva in patria le sue disposizioni con le forme inglesi e moriva domiciliato in Italia, il testamento sarebbe stato valido anche di fronte al diritto

(1) Bar, Foelix, Asser-Rivier, *op. cit.*, loc. cit.; Waechter, *op. cit.*, II, pag. 382; Unger, *op. cit*, pag. 208, nota 190.

(2) Cfr. Gabba, *Retroattività*, vol. III, pag. 328.

(3) Muheim, *op. cit.*, loc. cit.; Stobbe, *op. cit.*, vol. I, pag. 222, nº 11.

(4) Dicey-Stocquart, *op. cit.*, vol. II, nº 247; Westlake, *op. cit.*, § 79; Story, *op. cit.*, nº 473 e 479, *g;* Phillimore, *op. cit.*, nº 865 e seg.

inglese, perchè la legge del nostro paese, suo ultimo domicilio, ammette il principio *l. r. a.*

Questa sembra essere ancora la giurisprudenza di alcuni Stati dell'America del Nord (1), dove il principio della *common law* ancora domina.

Per evitare gli inconvenienti e togliere i dubbi che facilmente si presentavano l'atto del 1861, sez. 3ª, ha stabilito: « nessun testamento nè alcun altro scritto testamentario sarà considerato come revocato o nullo in causa d'un mutamento ulteriore di domicilio effettuato dal testatore ». Cosicchè, nei due esempi prima dati, il testamento sarebbe sempre valido.

Avvertasi che mentre le due prime sezioni di questa legge si riferiscono esclusivamente ai testamenti fatti da sudditi britannici, la terza sezione si applica a tutti, sudditi britannici o stranieri (2). Un'altra questione, che i tribunali inglesi ebbero occasione di decidere, è la seguente: un testamento nullo di fronte alla legge del domicilio del testatore, al momento della redazione, può essere validato per un ulteriore mutamento di domicilio, semprechè naturalmente sia valido secondo la legge di questo secondo domicilio al momento della morte?

Il Dicey (3) afferma che la soluzione è indipendente affatto dalla legge del 1861 e che sarebbe differente secondo che il testatore morisse domiciliato in Inghilterra o all'estero; nella prima ipotesi la forma sembra essere determinata dalla legge del domicilio del testatore al momento della morte: così che sarebbe dichiarato valido in Inghilterra un testamento fatto da un neerlandese in Italia, mentre qui era domiciliato, con le forme inglesi, se il testatore morisse domiciliato a Londra; nella seconda ipotesi l'effetto del mutamento di domicilio sulla validità delle disposizioni d'ultima volontà, dipenderà interamente dalla legge del paese in cui il testatore muore domiciliato: se per una od altra ragione il testamento è, secondo questa legge, valido, sarà pure dichiarato valido in Inghilterra.

11. Alcune leggi stabiliscono per determinate persone certe forme di testamento; così il Codice austriaco (4) permette ai minori di 18 anni

(1) Story, *op. cit.*, nⁱ 473 e 479, *g;* Wharton, *op. cit.*, nº 586; Dicey-Stocquart, *op. cit.*, loc. cit.

(2) Dicey-Stocquart, Ibid.

(3) Ibidem, nº 248 e seg.

(4) Cod. civ. gen. austriaco, § 569 e art. 70 dell'ordinanza sul notariato del 25 luglio 1875.

di testare, ma solo per atto pubblico giudiziale o notarile: e così anche la legislazione del cantone di Soletta: che valore hanno tali disposizioni quando il minore austriaco o di Soletta vuol testare all'estero? Il caso si presentò appunto davanti alle Corti austriache: una tale di Planken (principato di Liechtenstein) (1), dell'età di 15 anni, aveva fatto poco prima della sua morte un testamento davanti al giudice del circondario di Landeck (Tirolo). Dopo la sua morte gli eredi legittimi domandarono al tribunale di Vaduz (Liechtenstein) di pronunciare la nullità dell'atto sostenendo che il citato art. 569 non permette ai minori di testare se non davanti a un tribunale, ossia davanti al tribunale tutelare, o almeno a un tribunale nazionale: aggiungevano che quell'articolo pone una regola di capacità, la quale deve valere anche all'estero: il tribunale di Vaduz e la Corte d'appello del principato a Vienna accolsero la domanda; ma il supremo tribunale del Tirolo Vorarlberg, giudicante come Corte di giustizia per il principato, ammise la validità del testamento (2). Il Beauchet (3) approva questa decisione e noi non possiamo che unirci a lui: fosse anche quel testamento stato fatto in Italia con la forma pubblica per atto di notaio o olograficamente sarebbe stato perfettamente valido lo stesso: non è vero che l'art. 569 Cod. austr. ponga, come scrivono Pfaff e Hofmann (4), una regola di capacità e non una regola di forma, e che perciò la regola *l. r. a.* non sia applicabile, ma si debba invece invocare l'art. 4 che determina la capacità degli austriaci all'estero. La legge austriaca dovrà avere autorità estraterritoriale per decidere se gli austriaci sono o meno capaci di far testamento e quindi, nel caso, se il minore di 15 anni tale capacità possieda; ma quando si tratta di vedere in che forma può questa sua facoltà esplicare, la competenza della legge austriaca cessa e subentra quella della *lex loci actus*. E di forma non di capacità nel caso si trattava: se un Codice pone che un cittadino può testare in una od in altra forma, questa disposizione non può essere considerata come relativa alla capacità: lo abbiamo anche altrove (5) osservato: senza dubbio l'art. 596 ha lo scopo di assicurare la libertà del minore e di garantire la serietà e la sincerità delle sue

(1) Dove ha vigore il Codice austriaco.

(2) Beauchet, *Du test. fait par un mineur autrichien en pays étr.*, *J. D. I. P.*, 1886, pag. 683.

(3) Ibidem, pag. 687.

(4) Cit. in Beauchet, Ibidem.

(5) Vedi sopra, n° 9.

disposizioni; ma tutte le forme testamentarie hanno questo fine! Del resto intorno a questa spesso lamentata confusione tra forma e capacità meglio diremo studiando la questione qui sotto esaminata.

12. Che efficacia può avere nel diritto internazionale privato il divieto della legge personale di testare all'estero se non in una determinata forma? Il Codice del Messico, dell'Uruguay, del Portogallo non riconoscono l'efficacia del testamento fatto dal cittadino di questi Stati all'estero se non fu ricevuto autenticamente: più esplicitamente ancora l'art. 992 del Codice neerlandese vieta ai cittadini all'estero di far testamento se non per atto autentico.

Che valore ha questa disposizione? Non ne parliamo di fronte al diritto di quegli Stati: naturalmente il giudice olandese dichiarerà nullo il testamento olografo fatto da un suo concittadino in Italia (1); ma se investito della cognizione è il giudice italiano o il francese o quello d'uno Stato qualunque che abbia sancito la regola *l. r. a.*?

La giurisprudenza (2) e la dottrina (3) rispondono quasi unanimemente che il testamento dovrà anche in Italia o in Francia essere dichiarato nullo: contro a tale opinione stanno il Fusinato (4), il Duguit (5) (solo dal punto di vista teorico e non del diritto francese) e qualche rara sentenza (6): per parte nostra non esitiamo a sostenere le idee della minoranza.

Gli argomenti addotti da chi vuol rispettato anche all'estero l'articolo 992 del Cod. neerlandese sono in complesso due: il primo che quell'articolo limita la capacità dell'olandese, che è a questa quindi relativo e non alla forma e che, in base all'art. 6, dovendosi della ca-

---

(1) Trib. Bruxelles, 21 luglio 1886, *J. D. I. P.*, 1887, pag. 495.

(2) Trib. Liegi, 1° marzo 1873 e Corte Liegi, 18 luglio 1874, *Pasicr.*, 74, 2, 301 e 27 marzo 1890, *R. P. D. I. P.*, 1890, 155; Trib. Bruxelles, 21 luglio 1886, *J. D. I. P.*, 1887, pag. 495; Corte Genova, 4 agosto 1891, *Foro*, anno XVII, fasc. II; Cass. Torino, stessa causa.

(3) Aut. cit. a nota 2, pag. 159, più ASSER-RIVIER, *op. cit.*, n° 63; LABBÉ nella *Pasicr.*, 1883, pag. 1241; DUBOIS, *Bulletin jurispr. belge*, *R. D. I.*, 1875, pag. 495; Nota in *J. D. I. P.*, 1881, pag. 156; RENAULT nella *Revue critique lég. et jur.*, 1884, pag. 735; SERAFINI, *Memoria e controricorso a difesa di Hendriks ved. Ogtrop.*

(4) FUSINATO, nota a sent. Corte Genova, 4 agosto 1891, loc. cit.

(5) DUGUIT, *op. cit.*, pag. 112 e seg., 137, 220 e seg.

(6) Trib. Livorno, 28 dicembre 1877, *Foro*, I, pag. 256; Trib. Genova, 9 marzo 1891, riformata dalla Corte di Genova, sent. cit.: Orléans, 4 agosto 1859, *Dalloz*, 59, II, 158.

pacità giudicare secondo la legge nazionale, il testamento sarà nullo; il secondo, che la massima *l. r. a.* riposa sopra la presunzione che nel silenzio della legge del disponente o contraente circa la forma degli atti fatti all'estero essa permetta l'osservanza delle forme nel luogo in cui l'atto viene redatto e quindi se la legge personale qualche cosa stabilisce, sarà la legge personale quella che dovrà decidere della forma e non la legge del luogo.

All'uno e all'altro di questi argomenti abbiamo già risposto quando abbiamo trattato la questione dal punto di vista generale: e per non ripeterci, a quanto colà è stato detto rimandiamo (1): non è però inopportuno aggiungere qualche altra osservazione.

Nessuno vorrà negare che una disposizione di legge conserva esattamente lo stesso carattere giuridico e produce le identiche conseguenze, tanto se è espressa in forma negativa, quanto se in forma positiva; che un articolo di un Codice dica: il disponente non potrà far testamento se non in forma autentica, o che dica: dovrà, sotto pena di nullità, far testamento per atto autentico, è proprio la stessa cosa; le conseguenze giuridiche derivanti dalla prima proposizione sono assolutamente le stesse che derivano dalla seconda: ancora, nessuna differenza sostanziale c'è fra una disposizione di legge espressa in modo da avere per soggetto della proposizione la persona cui concede o vieta qualche cosa e la stessa disposizione espressa avendo per soggetto la cosa permessa o vietata; che un legislatore dica: la donazione dev'essere fatta sotto pena di nullità per atto autentico, o che dica: il donatore non potrà, sotto pena di nullità, fare la donazione se non per atto autentico, è pure la stessa identica cosa: le conseguenze giuridiche rimangono assolutamente le medesime. Dunque i tre periodi: il testatore dovrà, sotto pena di nullità, fare il suo testamento per atto autentico; il testatore non potrà, sotto pena di nullità, fare il suo testamento se non per atto autentico; il testamento dovrà, sotto pena di nullità, esser fatto per atto autentico, contengono la stessa disposizione e che il legislatore ne preferisca una o l'altra produrrà le identiche conseguenze giuridiche. Un'altra osservazione, pure altrettanto ovvia: il carattere della cosa, cui si riferisce una disposizione di legge, rimane immutato, tanto se quella disposizione riguarda il cittadino in patria, quanto se riguarda il cittadino all'estero; la disposizione: il cittadino in patria diventa maggiore a 21

(1) Parte gen., cap. IV, n° 7.

anno, e l'altra: il cittadino all'estero diventa maggiore a 21 anno, sono ambedue relative alla capacità della persona; un articolo d'un Codice che dica: la donazione dev'essere fatta dal cittadino italiano in Italia per atto autentico, è relativo alla forma altrettanto dell'articolo che dicesse: la donazione dev'essere fatta dal cittadino italiano all'estero per atto autentico: il carattere giuridico, la natura della cosa non muta: sono ambedue disposizioni relative alla capacità le prime, ambedue relative alla forma le seconde.

Date queste premesse, sulla verità delle quali nessuno, crediamo, potrà sollevare dubbi, ne viene, per logica conseguenza, questo: che se cioè si ammette che, quando una legge vieta al cittadino all'estero di fare un atto se non in una forma determinata, questa legge ne regoli la capacità, si dovrà necessariamente ammettere che regola la sua capacità pure la legge che gli vieta di fare un atto se non in una determinata forma anche in patria: e siccome abbiamo veduto che una disposizione rimane assolutamente la stessa, tanto se è concepita positivamente, quanto se negativamente, tanto se ha per soggetto la persona, quanto se la cosa, ne risulterà pure che quando un Codice stabilisce quali sono i modi di testare non sancisce delle regole, come si è finora creduto, relative alla forma dei testamenti, ma relative invece alla capacità del testatore. Ha torto quindi il legislatore italiano quando intitola la sez. 3ª, capo II, tit. II, lib. III Cod. civ., hanno torto i legislatori di tutti i paesi a diritto codificato d'intitolare le sezioni corrispondenti dei loro Codici con le parole: *Della forma dei testamenti:* dovrebbero tutti riunire quella sezione con quella che stabilisce l'età e le altre condizioni fisiche della persona necessarie per testare validamente, con la sezione cioè intitolata: *Della capacità di disporre per testamento:* ecco l'assurdo cui logicamente si arriva quando si ammette la altrettanto assurda ed errata premessa che quando una legge vieta al cittadino di fare all'estero il suo testamento se non per atto autentico, essa ne regoli la *capacità* e non la *forma!* È inutile, crediamo, specie dopo quanto abbiamo detto nella parte generale, proseguire a mostrare le strane conseguenze che da quella dottrina derivano: a questa sola desideriamo accennare, cioè che se è vero che il cittadino neerlandese dall'art. 992 ha limitata all'estero la sua capacità di testare, il cittadino italiano ha invece aumentata la propria dall'art. 9, perchè non solo sarà *capace* di far testamento olografo e per atto di notaio, ma sarà *capace* di farlo anche per atto giudiziale, o verbalmente, o davanti a testimoni, ecc. La verità è che non

si può dire che Mevio è capace di far un testamento autentico o che è incapace di fare un testamento olografo: egli sarà *capace o incapace di testare;* e se capace è, il legislatore gli determina i modi per poter far valere la sua ultima volontà: la capacità di testare, la potenza giuridica in astratto di fare un testamento non viene nè diminuita, nè aumentata, nè modificata, per quanto il legislatore diminuisca, aumenti o modifichi il numero e la natura delle forme testamentarie, per quanto cioè vieti o conceda al cittadino in patria o all'estero un modo di manifestare la sua volontà. Questa verità s'impone anche a chi nega la validità del testamento olografo fatto dall'olandese in Italia, al Fiore per es., e basti questo nome per tutti gli altri che potremo citare: rispondendo a chi, argomentando dall'art. 999 Cod. civ. franc., crede che le leggi relative alla forma degli atti testamentari appartengano allo statuto personale, il Fiore così molto giustamente scrive (1): « A mio avviso la soluzione di questa difficoltà dev'essere domandata unicamente alla regola *l. r. a.* È l'applicazione di questa regola che deve decidere la questione, anche quando il legislatore autorizzando i suoi sudditi a testare nella forma olografa impone loro, sotto pena di nullità, l'osservanza di qualche formalità. *Non sarebbe esatto* di pretendere che in questa ipotesi l'osservanza delle formalità richieste divenisse una *condizione di capacità. Si tratta sempre della forma estrinseca del testamento e nullamente della capacità del testatore.* È dunque la regola generale *l. r. a.* quella che deve ricevere applicazione ».

Questo lungo ragionamento ci conduce dunque alla conclusione, che l'art. 992 Cod. neerlandese è relativo alla forma del testamento e non alla capacità del testatore (2).

Ma se anche relativo alla forma, continuano i nostri avversari, non per questo si deve applicare al testamento olografo fatto dall'olan-

(1) Fiore, nota a sent. Corte Lucca, 23 giugno 1882, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 550.

(2) A questi argomenti si potrebbe, se ve ne fosse bisogno, aggiungere anche quello portato acutamente dal Fusinato (nota cit.): « Se veramente il divieto di compilare il testamento in forma di atto privato costituisse una limitazione posta alla capacità personale degli olandesi, esso dovrebbe seguire sempre gli olandesi all'estero anche senza la espressa disposizione dell'art. 992, in virtù del principio generale (accolto dalla legge olandese come dalla nostra) che la capacità delle persone è regolata ovunque dalla legge nazionale delle persone medesime ».

dese in Italia la regola *l. r. a.*, poichè « questa riposa sopra la presunzione che nel silenzio della legge del disponente o contraente circa la forma degli atti fatti all'estero, essa permetta l'osservanza delle forme ammesse nel luogo in cui l'atto viene celebrato » (1). Anche per combattere questa errata affermazione è inutile che, ripetendoci, spendiamo molte parole: rimandiamo alla parte generale di questo lavoro (2), dove criticando ogni opposta dottrina abbiamo dimostrato che la competenza a regolare la forma degli atti spetta esclusivamente alla legislazione del luogo dove l'atto si fa, e che anzi un legislatore non ha diritto di imporre ai suoi cittadini all'estero il divieto di fare certi atti se non in una determinata forma: bastino solo due osservazioni: la prima, giustamente fatta dal Fusinato (3), « che mentre cioè il nostro legislatore, con l'art. 9, vuole di regola obbligatorie anche per gli stranieri in Italia le forme prescritte dalla legge italiana, soltanto in un determinato caso autorizzandoli a seguire invece le forme stabilite da leggi straniere, quella dottrina invece vorrebbe applicare quel principio proprio alla rovescia, riconoscendo con carattere imperativo la regola *locus non regit actum* »; la seconda, che quando il giudice italiano trova scritto, nel modo in cui è, l'articolo 9, non è a lui lecito di indagare quale sia la *presunzione* da cui è partito il legislatore; quando è detto: « le forme estrinseche degli atti sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti », non è lecito al giudice di intenderla ed applicarla come se dopo vi stessero le parole: « purchè la legge personale del disponente o contraente non disponga in modo diverso »; se il legislatore avesse voluto questo lo avrebbe detto: non è questa una di quelle intenzioni del legislatore che si può supporre, quando non è espressa (4).

13. Ma la questione che stiamo trattando si complica ancora quando il conflitto sorga non fra la legge olandese e l'italiana, ma fra quella e una terza e giudice della contesa sia un tribunale italiano. Il caso è quello deciso dalla Corte di Genova e dalla Cassazione torinese con le sentenze citate. Un olandese, certo Ogtrop, fece nel Belgio

(1) Cit. sentenza Genova.

(2) Specie cap. II e III.

(3) FUSINATO, *op. cit.*, loc. cit.

(4) Quanto abbiamo detto si riferisce non solo al divieto posto dalla legge olandese ma a qualunque altro divieto analogo, per es. a quello della legge russa di non disporre di immobili posti in Russia se non per atto autentico. Vedi SEREBRIANY, *Du dr. pour les russes, etc.*, *J. D. I. P.*, 1884, pag. 359.

un testamento olografo e l'erede legittimo convenne il testamentario davanti al giudice italiano sostenendo che il testamento è nullo. A che criterio dovrà il giudice informarsi per decidere del caso? La legge italiana non c'entra, rispondono; il conflitto sorge fra la legge olandese e la belga, quindi la legge italiana non deve entrare nella decisione: il testatore era straniero, il testamento è stato fatto all'estero, con che diritto può la legge italiana pretendere alla sua competenza per risolvere la questione? Ci duole, ma anche in questo caso crediamo doversi dare risposta differente: a nostro avviso siano le parti straniere o nazionali, sorga il conflitto fra una legge straniera e la nostra o fra due leggi straniere, in qualunque immaginabile caso insomma, quando è il giudice italiano quello che deve decidere, egli deve applicare *esclusivamente* le regole di diritto internazionale sancite nei nostri Codici. E infatti il conflitto fra due leggi straniere può presentarsi sotto due differenti ipotesi: 1ª delle due leggi straniere, una di queste è identica alla legge del giudice adìto, alla *lex fori;* 2ª nessuna delle due leggi è identica alla *lex fori.* La prima ipotesi si verifica precisamente nel caso Ogtrop; la legge belga (o meglio la giurisprudenza, ma nel caso è lo stesso), ammettendo come l'italiana la regola *l. r. a.* per gli stranieri nel Belgio, dichiara il testamento valido, l'olandese lo dichiara nullo. Quale dovrà dal giudice essere preferita? egli si trova davanti a due leggi straniere contraddittorie che sono perfettamente pari in autorità: dovrà forse applicare la legge belga perchè è quella che più si avvicina alla legge propria, alla *lex fori?* Così giudicando farebbe precisamente quello che vogliamo noi: notiamo però che l'argomento che lo condurrebbe a quella conclusione sarebbe errato, perchè il giudice non deve istituire un giudizio graduatorio intorno alla minore o maggiore bontà e perfezione delle due leggi e quella applicare che più a lui sembra migliore, ma deve applicare quella che è competente a regolare la questione: e ritorniamo quindi al punto di partenza: quale è competente fra due leggi una che dice sì, l'altra che dice no? Fra due leggi che hanno di fronte al giudice eguale autorità? Ma almeno in questo caso un criterio di preferenza, per quanto errato, al giudice non mancherà e preferirà la legge belga. Ma se ambedue le leggi sono differenti da quella del fôro adìto? Supponiamo, un suddito inglese domiciliato in un cantone svizzero, dove è ammesso il testamento verbale, fa un testamento in questa forma nel cantone Ticino (dove il nuncupativo non è riconosciuto) disponendo dei beni immobili posti in Inghilterra:

quest'atto è nullo secondo la legge inglese, perchè non fatto secondo la *lex rei sitae* ed è valido secondo la legge federale svizzera, perchè fatto con le forme della legge dell'ultimo domicilio: quale criterio in tal caso potrà seguire il giudice italiano davanti al quale la questione fosse posta? unicamente quello dell'art. 9: la necessità stessa lo obbliga a farlo, l'impossibilità cioè di trovar altri criteri per giudicare all'infuori di quello suggeritogli dalla propria legge, per preferire la legge inglese o quella svizzera.

Ma altre ragioni ancora devono obbligare il giudice ad applicare sempre in materia di conflitto di leggi le regole di diritto internazionale sancite nella nostra legge: quando il legislatore ha queste stabilite egli lo ha fatto secondo quei criteri che credette più giusti, più conformi ai retti principii giuridici, senza essere preoccupato da ragioni di convenienza o d'opportunità; quando, per es., ha stabilito che lo stato e la capacità della persona sono retti dalla legge nazionale o che la sostanza e gli effetti delle obbligazioni sono regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, salve le eccezioni poste nell'articolo 9, egli ha sancito non i principii più utili agli italiani, ma quelli scientificamente più perfetti, non solo quelli che attribuiscono meglio la competenza alla nostra legge a regolare la capacità delle parti e la sostanza delle obbligazioni, ecc., ma quelli che meglio distribuiscono quella competenza fra tutte le legislazioni. Se vi fosse un Codice di diritto internazionale privato comune a tutti gli Stati certo le sue norme sarebbero in ogni caso di conflitto di leggi applicate: in mancanza d'esso ogni legislatore stabilisce da sè e per i propri giudici quelle norme che più crede avvicinarsi a quello che dovrebbe essere il Codice comune internazionale: esse rappresentano per lui la legge comune mancante, e come questa, se vi fosse, dovranno ad ogni conflitto essere applicate sempre.

Si può anche aggiungere che il giudice è condotto all'applicazione delle norme di diritto internazionale accolte dalla sua legge, dalla semplice considerazione che intenzione del legislatore è manifestamente quella di voler applicate le norme di diritto internazionale proprie anche ai conflitti fra leggi straniere: se avesse voluto che fossero regolati in modo differente, non avrebbe mancato di dirlo, come fecero, ad esempio, il legislatore portoghese e quello argentino, i quali, dopo aver stabilito come devono essere fatti i testamenti dei cittadini all'estero e degli stranieri all'interno, aggiunsero l'uno, che « il testamento fatto da un suddito straniero fuori del Portogallo pro-

durrà nel regno effetti legali con relazione ai beni esistenti nel territorio, semprechè il testatore si attenga alle disposizioni della legislazione del paese in cui è stato rogato » (art. 1965); l'altro che « il testamento di chi si troverà fuori del suo paese, solo avrà effetto nella Repubblica se sarà fatto nelle forme prescritte dalla legge del luogo in cui risiede, o secondo le forme che si osservano nello Stato al quale appartiene, o secondo quelle che questo Codice designa come forme legali » (art. 3638).

Ove norme di questa natura, regolanti cioè conflitti fra due leggi straniere, non si trovino in una legislazione, mai e in nessun caso una disposizione di diritto privato internazionale di un Codice straniero potrà derogare alla corrispondente norma di diritto privato internazionale accolta nel Codice del giudice adìto (1).

14. La larga trattazione che abbiamo fatto dei conflitti intorno la forma del testamento ci dispensa dall'esaminare partitamente quelli sulla forma della revoca (2) e conferma (3) dei testamenti e sulla forma dei patti successorii e delle donazioni per causa di morte (4), ai quali tutti le soluzioni esposte sono applicabili.

---

(1) Cfr. Kahn, *Gesetzkollisionen*, § 2, nei *Jahrbücher f. die Dogmatik, etc.*, vol. XXX, pag. 7.

(2) Trib. Amsterdam, 6 luglio 1886, *J. D. I. P.*, 1889, pag. 175; Corte Suprema Svezia, 3 agosto 1880, *Ibid.*, 1882, pag. 109; Norvegia, 16 marzo 1882, *Ibid.*, 1883, pag. 650; Parigi, 21 giugno 1850, *Gazz. Trib.*, 22 giugno 1850.

(3) Weiss, *op. cit.*, pag. 712; Riom, 19 luglio 1871 e Cass., 5 febbraio 1873, *Sir.*, 73, 1, 107.

(4) Per le quali, dovunque sono ammesse, è prescritta la stessa forma dei testamenti.

Aggiunte.

A pag. 204 (Parte spec., cap. I, nº 3):

Anche la legge ungherese sul matrimonio civile, approvata dal Parlamento dopo epica lotta, contiene una disposizione (§ 136) secondo la quale la forma del matrimonio fatto da ungheresi all'estero e da stranieri in Ungheria deve esser giudicata secondo le leggi vigenti nel tempo e al luogo della celebrazione. Le pubblicazioni del matrimonio di ungheresi all'estero devono esser fatte anche in Ungheria (1).

A pag. 288 (Parte spec., cap. I, nº 14):

Il Congresso giuridico ibero-americano del 1892 ha relativamente alla forma del matrimonio approvato queste conclusioni: « Les lois personnelles des époux et la loi du lieu où doit se célébrer le mariage peuvent exiger une publication préalable en la forme prévue par la loi du lieu où elle devra se faire.

« Toute formalité proprement dite relative à la célébration même du mariage sera régie par la loi du lieu de la célébration » (2).

A nota 3, pag. 287 aggiungere:

GUILLAUME, *Le mariage en droit international*, pag. 499.

Abbreviazioni.

A. L. C. Annuaire de Législation Étrangère publié par la Société de législation comparée, 1872-1893. (È citato l'anno di promulgazione delle leggi anteriore immediatamente a quello della edizione dell'Annuaire: per es. *A. L. E.*, 1880 = Annuaire contenente le leggi votate nel 1880 e pubblicato nel 1881).

A. I. D. I. Annuaire de l'Institut de droit international, 1877-1894.

B. S. L. C. Bulletin de la Société de Législation comparée, 1869-1894.

D. D. I. P. Dictionnaire du droit international privé par Vincent et Pénaud, 1888, e supplementi del 1889 e 1890.

J. D. I. P. Journal du droit international privé par Clunet, 1874-1894.

R. D. I. Revue de droit international et de législation comparée, 1869-1894.

R. G. D. I. P. Revue générale du droit international public, 1894.

R. P. D. I. P. Revue pratique du droit international privé, 1890-91 e 1892.

Z. I. P. R. Zeitschrift fur internationales Privat-und Strafrecht del Böhm, 1891-1894.

Le altre abbreviazioni quali *Foro It.*, Foro Italiano; *Sir.*, Sirey; *Pasicr.*, Pasicrisie, ecc. sono così comuni che non hanno bisogno di dichiarazioni.

---

(1) JETTEL, *Die internationalrecht. Bestim. des ungarisch. Ehegesetz-Entwurfes, Z. I. P. R.*, 1894, pag. 115.

(2) *A. I. D. I.*, anno XIII, pag. 357.

TAVOLA DELLE OPERE GIURIDICHE CITATE

Actos de las sesiones del Congreso Sud-Americano de derecho internacional privado. Buenos Aires 1889.

Agnetta Gentile F. — Della donazione per diritto privato internazionale. Palermo 1881.

Alberici de Roxate. — Singularis ac perutilis tractatus in materia statutorum. Mediolani MDXI.

— Prima super Codicem commentariorum Pars. Lugduni 1545.

Alexander J. — De l'exécution des jugements étrangers en Angleterre (*J. D. I. P.*, 1878, pag. 22; 1879, pag. 135 e pag. 516).

— Du mariage en droit international selon la jurisprudence anglaise (*J. D. I. P.*, 1881, pag. 193).

— De la filiation légitime en droit international privé devant les tribunaux anglais (*J. D. I. P.*, 1881, pag. 495).

Amiaud A. — Étude sur l'état actuel des législations des principaux États de l'Europe, de l'Amérique, etc. (*B. S. L. C.*, 1883-84, pag. 419).

Anthoine de St.-Joseph. — Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon. Paris 1856, 2ª ed.

Antoine C. — De la succession légitime et testamentaire en droit international privé. Paris 1876.

Argentraei Bertrandi. — Commentarii in patrias Britonum leges. Parigi 1621.

Ascoli A. — Dell'influenza dello Stato sullo sviluppo del diritto romano privato. Livorno 1889.

Asser T. M. C. — Eléments de droit international privé. Trad. par A. Rivier. Paris 1884.

— La Codification du droit international privé (*R. D. I.*, 1893, pag. 521).

Astengo G., De Foresta A., ecc. — Il Codice civile del regno d'Italia esposto nelle fonti e nei motivi. Firenze-Torino 1866.

Aubry et **Rau.** — Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. Paris 1869-79.

Audinet E. — Principes élémentaires de droit international privé. Paris 1894.

— Le droit international privé dans le nouveau Code civil espagnol (*J. D. I. P.*, 1891, pag. 1106).

Baldi Ubaldi. — Perusini Icti. In primum, secundum et tertium Cod. Lib. Commentaria. Venetiis MDLXXVII.

Bar von L. — Conflit des lois en matière de mariage, etc. (*J. D. I.*, anno IX, pag. 76).

— Das internationale Privat-und Strafrecht. Hannover 1862.

— Theorie und Praxis des internationalen-Privatrechts. Hannover 1889.

Bard A. — Précis de droit international privé. Paris 1883.

Bartoli a Saxoferrato. — Commentaria in Codicem. Venetiis 1602.

Basnage. — Oeuvres. Rouen 1778.

Beauchet L. — Observations sur la rédaction des conventions matrimoniales entre étrangers se mariant en France (*J. D. I. P.*, 1884, pag. 39).

Benedicti papae XIV. — De synodo diocesana, libri XIII. Parma 1764.
Bericht über die Grundlagen einer einheitlichen Civilgesetzgebung für den Kanton Bern. Bern 1868.
Bertauld. — Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon. Paris 1869.
Beseler. — System des gemeinen deutschen Privatrechts. Berlin 1847.
Bianchi E. — Saggio di studi sul diritto internazionale privato. Bologna 1883.
— Del contratto di matrimonio. Napoli 1892.
Bianchi F. S. — Corso di Codice civile italiano. Torino 1892.
Bluntschli. — Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. Zürich 1871.
Böhm Ferd. — Handbuch der internationalen Nachlassbehandlung. Augsburg 1881. — Vol. II (Ergänzungsband). Augsburg 1885.
Boissaire R. — Des formes du testament romain; De la notion de l'ordre public en droit international privé (tesi). Paris 1888.
Borno. — Étude sur la loi du 30 octobre 1860 relative au mariage entre Haïtiens et étrangers (*J. D. I. P.*, 1893, pag. 754).
Bouhier. — Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne. Dijon 1742.
Boullenois L. — Traité de la personnalité et de la Réalité des Lois, etc. Paris, Desprez, MDCCLXVI.
Bourdon-Viane G. et **Magron H.** — Manuel de droit international privé. Paris 1883.
Bressolles. — Questions de droit international. Toulouse 1884.
Brocher C. — Cours de droit international privé. Paris 1882-85.
— Théorie du droit international privé (*R. D. I.*, 1871, pagg. 412, 540; 1873, pag. 137 e 390).
— Nouveau traité de droit international privé. Paris 1876.
Bulmerincq. — Völkerrecht nel *Handbuch des oeffentlichen Rechts* del Marquardsen. Freiburg in B. 1884.
Burckhard. — System des oesterreichischen-Privatrechts. Wien 1885-89.
Burge W. — Commentaries an Colonial and Foreign Laws generally and in their conflict with each other. London 1838.
Burgundi. — Ad consuetudines Flandriae tractatus controversiarum. Arnheim 1646.
Casanova Ludovico. — Del diritto internazionale. Terza edizione con introduzione e note di Emilio Brusa. Firenze 1876.
Castrensi Pauli. — In primam Codicis partem Commentaria. Venetiis 1594.
— Consiliorum. Augustae Taurinorum 1580.
Catellani E. L. — Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi. Torino 1883-88.
Chassan. — Essai sur la symbolique du droit. Paris 1847.
Chasseneo (Barthol. a). — Consilia. Venetiis MDLXXXI.
Chevreux C. — Notice sur le mouvement législatif dans les Indes Anglaises en 1891 (*A. L. E.*, 1891, pag. 1005).
Choppin René. — Oeuvres. Paris 1763.
Code civil du Canton des Grisons. Traduit par de la Grasserie. Paris 1893.
Code civil du Canton de Vaud. Lausanne 1823.
Code civil du Canton de Zurich de 1887. Traduit par E. Lehr. Paris 1890.
Code civil espagnol promulgué le 24 juillet 1889. Traduit par A. Lené. Paris 1890.
Code Genevois. Genève 1857.
Codes belges et lois usuelles, par J. de le Court. Bruxelles 1889.
Codes Néerlandais par G. Tripels. Paris 1886.
Codice civile del Canadà. Ved. Lefebvre.

Codice civile rumeno. Ved. Stern.
Codice civile della repubblica e cantone del Ticino. Bellinzona 1837.
Codice civile giapponese. Ved. Law of application.
Código civil Chileno. Madrid 1881.
Código civil nacional espedido por el congreso de los Estados unitos de Colombia en 1873. Bogota 1873.
Código civil de la republica de Guatemala. Madrid 1880.
Código civil de la republica Oriental del Uruguay. Madrid 1879.
Código civil portugués. Madrid 1879.
Código civil de Mejico. Madrid 1879.
Códigos y leges usuales de la Republica Argentina. Buenos Aires 1888.
Colfavru J. C. — Du mariage et du contrat de mariage en Angleterre et aux États-Unis. Paris 1868.
Coquille Guy. — Oeuvres. Bordeaux 1703.
Crépon-Lehr. — Manuel des actes de l'état civil en droit français et étranger. Paris 1887.
Cujacii Jacobi. — Opera in tomos XIII distributa. Prati MDCCCXXXVI.
Daguin C. — Notice sur les principales ordonnances publiées à Monaco en 1880 et 1881 (*A. L. E.*, 1881, pag. 407).
— Analyse de la Constitution politique de Colombie du 4 août 1886 (*A. L. E.*, 1886, pag. 882).
Daireaux E. — Notice générale sur les travaux législatifs dans l'Uruguay en 1885 (*A. L. E.*, 1885, pag. 731).
— De la condition légale des étrangers dans la république Argentine (*J. D. I. P.*, 1886, pag. 286).
Dareste P. — Notice sur les principales lois promulguées en Finlande en 1889 (*A. L. E.*, 1889, pag. 816).
Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich. Wien-Manz'sche Ausgabe, 1882.
Decamps. — Notice sur le mouvement législatif en 1891 dans l'État indépendant du Congo (*A. L. E.*, 1891, pag. 866).
Déglin H. — Étude sur le contrat de mariage en droit comparé et en droit international. Paris 1883.
Delambre O. — De la capacité de l'institué en droit romain; Des successions en droit international privé (tesi). Rennes 1881.
Delvincourt. — Cours de Code civil. Paris 1819.
Demangeat. — Histoire de la condition civile des étrangers en France. Paris 1844.
— Vedi Foelix.
Demolombe. — Cours de Code Napoléon. Paris 1869-75.
Dernburg H. — Pandekten. Berlin 1892.
— Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Halle 1884.
Des Gouttes. — Des rapports de droit civil des suisses établis ou en séjour en Suisse. Genève 1892.
Despagnet F. — Précis de droit international privé. Paris 1886.
— De l'ordre public en droit international privé (*J. D. I. P.*, 1889, pag. 5 e 207).
— La règle *locus regit actum* et l'ordre public (*R. P. D. I. P.*, 1890-91, pag. 52).
De Varigny. — Le mariage et le divorce aux États-Unis (*Revue des deux mondes*, 1° settembre 1889, pag. 65).
Dicey-Stocquart. — Le statut personnel anglais ou la loi du domicile envi-

sagée comme branche du droit anglais, par A. V. Dicey, traduit par E. Stocquart. Paris 1887.
Domin-Petrushevecz. — Précis d'un code de droit international. Leipzig 1861.
Döntvenytár. — Sammlung der Entscheidungen der Kgl. ungarischen Curie. Wien 1869 e seg.
Dubois. — Bulletin de jurisprudence belge en matière de droit international privé. (*R. D. I.*, 1876, pag. 483).
Dudley-Field. — Prime linee di un Codice internazionale, traduzione di A. Pierantoni. Napoli 1874.
Duguit L. — Du conflit des lois en matière de filiation (*J. D. I. P.*, 1886, p. 513).
— Des conflits de législation relatifs à la forme des actes civils. Étude de droit international. Paris 1882.
Duhaut H. — De la règle *locus regit actum* en droit français (tesi). Nantes 1882.
Durand L. — Saggio di diritto internazionale privato. Trad. Diodato Lioy con note di F. P. Contuzzi. Napoli 1887.
Durantis Gulielmi. — Quatuor librorum speculi utriusque juris Repertorium. Lugduni 1539.
Duranton. — Cours de droit civil suivant le Code français. Bruxelles 1841.
Eichorn K. F. — Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehenrechts, IV edizione. Göttingen 1836.
Ellerman A. — *Locus regit actum* academisch proefschrift (tesi). Leiden 1879.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches fur das Kön. Bayern. Munchen 1861-64.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches fur das Kön. Sachsen. Dresden 1860.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches fur Das Deutsche Reich. Berlin 1888.
Esmein A. — Le mariage en droit canonique. Paris 1891.
Esperson P. — Le droit international privé dans la législation italienne (*J. D. I. P.*, 1879, pag. 329; 1880, pag. 245-337; 1881, pag. 206; 1882, pag. 154 e 270; 1883, pag. 263; 1884, pag. 168, 251, 365 e 604).
— Il principio di nazionalità applicato alle relazioni internazionali. Pavia 1868.
Fabres. — Le droit international privé dans la législation du Chili (*J. D. I. P.*, 1887, pag. 133).
Fachinei Andreae. — Controversiarum juris libri decem. Venetis MDCXIX.
Febvre J. — De la créance des légataires et de ses garanties en droit romain; De la forme des actes en droit civil international (tesi). Paris 1885.
Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris 1827.
Ferrarini L. — Sulla forma degli atti giuridici. *Rend. R. Istituto lombardo di scienze e lettere.* Serie II, vol. XXV, fasc. III.
— L'invalidità degli atti giuridici. Modena 1892.
Filippis (de) F. — Corso completo di diritto civile italiano. Napoli 1878-81; Milano 1887.
Filomusi Guelfi. — La regola *locus regit actum* nel matrimonio, nel *Filangieri*, 1877, n. 6.
Fiore P. — Diritto internazionale pubblico. Torino 1887-89.
— Du mariage célébré à l'étranger suivant la jurisprudence italienne (*J. D. I. P.*, 1886, pag. 161 e 299).
— Il diritto civile italiano, vol. I; Delle disposizioni preliminari sulla pubblicazione, applicazione ed interpretazione delle leggi. Napoli 1890.
— Diritto internazionale privato. Firenze 1874.
— L'autorità e l'applicazione delle leggi straniere secondo il diritto internazionale; Diritto internazionale privato. Torino 1888 89.
Foelix. — Traité du droit international privé. Troisième édition revue et augmentée par Ch. Demangeat. Paris 1856.

Fontes juris italici medii aevi. Collegit Guido Padelletti. Augustae Taurinorum, Loescher, MDCCCLXXVII.

Foote. — A concise treatise on private international jurisprudence. London 1878.

Friedberg. — Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwiklung. Leipzig 1865.

Friedberg e Ruffini. — Trattato di diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico tradotto da F. Ruffini. Torino 1893.

Fromageot H. — Notice sur les principales lois promulguées en Tasmanie en 1891 (*A. L. E.*, 1891, pag. 1007).

Fusinato G. — Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale. Bologna 1885 (Estratto dall'*Archivio Giuridico*).

Gabba C. F. — Questioni di diritto civile Torino 1882.

— Studi di legislazione civile comparata. Milano 1862.

— Teoria della retroattività delle leggi. Torino 1884-89.

Gand. — Code des étrangers. Paris 1853.

Garin E. — Des conditions requises pour la validité du mariage en droit romain et en droit international moderne (tesi). Paris 1876.

Garnier. — Internationales Eheschliessungsrecht. Bern 1885.

Gerber. — System des deutschen Privatrechts. Jena 1891.

Glasson E. — Le mariage civil et le divorce. Paris 1880.

Gluek. — Erläuterung der Pandekten fortgesetz v. Muelenbruck etc. Erlangen 1797-1892.

Gonse R. — Notice sur divers documents concernant la législation du mariage à l'étranger (*B. S. L. C.*, 1872-73, pag. 272).

— Notice sur la session parlamentaire allemande de 1874-75 (*A. L. C.*, 1875, pag. 208).

— Étude sur la législation relative au mariage en Angleterre, en Ecosse et en Irlande (*B. S. L. C.*, 1874-75, pag. 80).

Gorena Alzugaray. — La testamentifacion en derecho internacional privado nella *Revista general de legislation y jurisprudencia*, 1888, anno 36, tomo 72, pag. 593, tomo 73, pag. 120, 215.

Gruenwald. — Die Eheschliessung nach den Bestimmungen des oesterreichischen, mosaisch, talmudischen, ungarischen, ecc. Gesetzes. Wien 1881.

Guide pour les officiers de l'état civil de la Suisse. Berne 1881.

Guillaume. — Le mariage en droit international privé et la Conférence de La Haye. Bruxelles 1894.

Guillouard. — Traité du contrat de mariage. Paris 1885-88.

Guthrie W. — A treatise on the conflict of laws by F. C. von Savigny-With an appendix containing the treatises of Bartolus, Molinaeus, Paul Voet and Huber. Edinburgh 1880.

Hartogh H. A. — Disputatio juridica inauguralis de regula juris Locus regit actum. Hagae Comitis MDCCCXXXVIII.

Haus E. — Du droit privé qui régit les étrangers en Belgique. Gand 1874.

Hauss A. F. C. G. — De principiis a quibus pendet legum sibi contrariarum auctoritas etc., in primis de usu regulae « locus regit actum » (tesi). Gottingae MDCCCXXIV.

Heink P. A. — De regula juris « locus regit actum » (tesi). Lipsiae MDCCCXLII.

Hertii J. N. — Commentationum atque opusculorum volumen primum. Francofurti ad M. MDCCXXXVII.

Heyking A. — L'exterritorialité. Berlin 1889.

Houpin. — Des procurations passeés à l'étranger (*R. P. D. I. P.*, 1890-91, pag. 97).
Howard W. Elphinstone. — Notes on the english law of marriage nella *Law quarterly Review*, vol. V, pag. 44.
Huberi. — De conflictu legum in Praelectiones juris civilis. Franequerae 1699.
Jay. — De l'immutabilité des conventions matrimoniales en droit international (*J. D. I. P.*, 1885, pag. 527).
Jettel E. — Handbuch des internationalen Privat-und Strafrechtes mit ruecksicht auf der Gesetzgebungen Oesterreichs, Ungarns, Croatiens und Bosnien. Wien-Leipzig 1893.
— Die internationalrechtliche Bestimmungen des ungarischen Ehegesetz-Entwurfes (*Z. J. P. R.*, 1894, pag. 113).
Jhering. — L'esprit du droit romain, trad. par Meulanaere. Paris 1888.
Jitta J. — La méthode du droit international privé. La Haye 1890.
Jnhülsen. — Zur Frage nach der rechtlichen Beurtheilung der in Ungehung des deutschen Rechts in England geschlossenen Ehen (*Z. J. P. R.*, 1893, pag. 366).
— Deutschland in praktischer Beruehrung mit dem englischen Erbrecht (*Z. J. P. R.*, vol. III, pag. 1).
Jolivot. — Régime légal des immeubles possédés par des étrangers dans la principauté de Monaco (*J. D. I. P.*, 1887, pag. 729).
Jovanovic. — Ueber die Gesetzgebung in Griechenland (*Z. J. P. R.*, vol. II, pag. 359).
Kahn F. — Gesetzeskollisionen nei *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Vol. XXX, nuova serie, vol. XVIII, pag. 1 e 107.
Kapnist. — Notice sur les lois russes de 1874 (*A. L. E.*, 1874, pag. 590).
Karlowa. — Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. Berlin 1878.
Karsten O. — Die Bedeutung der Form im Obligationenrecht. Rostock 1878.
Kierulff. — Theorie des gemeinen Civilrechts. Altona 1839.
Klöppel. — Die leitende Grundsätze des internationalen Privatrechts (*Z. J. P. R.*, 1891, pag. 34, 190).
Koenig. — De la preuve des mariages contractés par des anglais à l'étranger (*J. D. I. P.*, 1885, pag. 275).
Kori Aug. Sigm. — Nach welchen Landesgesetzen sind Ausländer wegen ihrer im Inland vorkommenden Rechtsgelegenheiten zu beurtheilen nelle *Erörterungen praktisches Rechtsfragen*, Th. III, 1837, II ed.
Krah C. — Die Erbschaftsregulirung und das Erbrecht sowie internationale Grundsätze und Vertragsbestimmungen in Erbschaftssachen, II ed. Berlin 1888.
Lacanal. — La forme des actes dans le droit international privé. Paris 1885 (Estratto dalla *Revue générale*).
Laghi F. — Il diritto internazionale privato nei suoi rapporti colle leggi territoriali. Bologna 1888.
Lainé. — Étude sur la loi suisse concernant les rapports de droit civil des citoyens suisses établis ou en séjour (*B. S. L. C.*, 1894, pag. 128).
— Introduction au droit international privé. Paris 1888-92.
— Étude sur le titre préliminaire du projet de révision du Code civil belge (*B. S. L. C.*, 1890, pag. 315, 383, 449, 525).
Lardy C. — Les législations civiles des cantons suisses en matière de tutelle, de régime matrimonial et de succession. Paris 1877.

Laurent F. — Principes de droit civil. Bruxelles 1878.
— Le droit civil international. Bruxelles-Paris 1880.
— Avant-projet de révision du Code civil. Bruxelles 1882.
Law of application of the Laws in general of Japan. Tokio 1892.
Lawrence W. Beach. — Commentaire sur les éléments de droit international de H. Wheaton. Leipzig 1868-1880.
Le Bourdelles. — De l'applications du traité du 24 mars 1760 entre la France et la Sardaigne (*J. D. I. P.*, 1882, pag. 329).
Lehr. — Éléments de droit civil russe. Paris 1877-1890.
— Traité élémentaire de droit civil germanique. Paris 1892.
— Legitimation und Adoption nach dem neuen russischen Gesetze von 1891 (*Z. S. P. R.*, 1894, pag. 126).
— Du mode de célébration en France d'un mariage entre français et étranger (*J. D. I. P.*, 1885, pag. 657).
— D'un projet de règlement international en matière de mariage (*J. D. I. P.*, 1884).
— Éléments de droit civil anglais. Paris 1885.
— Éléments de droit civil espagnol. Paris 1880-90.
— De l'effet de l'adoption en droit international au point de vue des taux des droits de succession. (*J. D. I. P.*, 1882, pag. 291).
Lefebvre de Bellefeuille. — Le Code civil annoté étant le Code civil du Bas Canadà. Montréal 1889.
Leuthold C. E. — Russische Rechtskunde. Leipzig 1889.
Ley (argentina) sobre el matrimonio civil. Buenos Aires 1889.
Lomonaco G. — Trattato di diritto civile internazionale. Napoli 1874.
— Istituzioni di diritto civile italiano. Napoli 1884.
Lorimer. — Principes de droit international, tradotti da Nys. Bruxelles-Paris 1885.
Loysel A. — Institutes Coutumières. Paris 1846.
Magne. — Revue de la jurisprudence de la Louisiane (*J. D. I. P.*, 1875, p. 41).
Mailher de Chassat. — Traité de statuts. Paris 1845.
Maluquer y Salvador. — Notice sur le mouvement législatif à Costa Rica pendant l'année 1886 (*A. L. E.*, 1886, pag. 867).
— Notice sur les travaux législatifs de l'année 1885 à Costa Rica (*A. L. E.*, 1886, pag. 672).
Mancini. — Quistioni di diritto. Napoli 1878.
— De l'utilité de rendre obligatoires les règles générales du droit international privé (*J. D. I. P.*, 1874, pag. 221 e 283).
Manenti C. — Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio. Siena 1889.
Mankiewicz A. — Ueber die Bedeutung des Satzes *locus regit actum* fur das gemeine Recht (tesi). Breslau 1891.
Marcadé V. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon. Paris 1855-61.
Martens (de). — Traité de droit international. Paris 1883-86.
Martens F. — Das Consularwesen und die Consularjurisdiction im Orient. Berlin 1874.
Massé M. G. — Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. Paris 1874, 3ª ed.
Maurenbrecher. — Lehrbuch des heutigen gemeinen deustchen Privatrechts. Berlin 1840.

Meier J. Guttfr. — Dissertatio de statutorum conflictu. Giessen 1715.

Meili F. — Die Kodifikation des internationalen Civil- und Handelsrechts. Leipzig 1891.

Mevius D. — Commentarii ad jus Lubecense. Francofurti 1679.

Michot J. — Histoire de la forme des conventions et des actes privés. Paris 1878.

Midosi H. — Notice générale sur les travaux des Cortès portugaises en 1878 (*A. L. E.*, 1878, pag. 386).

Milhaud M. — Principes de droit international privé dans leur application aux privilèges et hypothèques. Paris 1885.

Mitteis. — Die Lehre von der Stellvertretung. Wien 1885.

Mittermeier. — Grundsätze des deutschen Privatrechts. Leipzig 1837.

Molinei Caroli. — Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus nell'appendice II al Guthrie. Ved. *Guthrie.*

— Opera. Lutetiae Parisiorum 1681.

Mommsen F. — Wie ist in dem bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland das Werhältniss des inländischen Rechts zu dem Ausländische zu normiren? nell'*Archiv. für civilistische Praxis*, 1878, vol. XI, nuova serie, pag. 149.

Motive zu dem Entwurfe eines buergerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Berlin 1888.

Muheim F. — Die Prinzipien des internationalen Privatrechts in Schweizerischen Privatrechte. Altdorf 1887.

Mülenbruch. — Doctrina pandectarum. Halle 1830-31.

— Lehrbuch des Pandektenrechts. Halle 1844.

— Ausführliche Erlauterungen der Pandeken von C. F. von Glück. Erlangen 1832.

Mysinger et **Gaill.** — Observationum practicarum imperialis camerae, libri duo. Venetiis MDCXIII.

Neveu R. — De praescriptionibus. Du régime des biens entre époux au point de vue du droit international privé (tesi). Angers 1883.

Nicolopulo P. D. — Sur les privilèges de l'Eglise orthodoxe en Turquie (*B. S. L. C.*, 1892, pag. 226).

Niemeyer T. — Das in Deutschland geltende internationale Privatrecht. Leipzig 1894.

Norsa C. — Revue de la jurisprudence italienne en matière de droit international (*R. D. I.*, 1874, pag. 247; 1875, pag. 194; 1876, pag. 401 e 627; 1877, pag. 78 e 207).

Olivecrona (d'). — Le mariage des étrangers en Suède et des Suédois à l'étranger (*J. D. I. P.*, 1883, pag. 343).

— Aperçu rétrospectif des travaux législatifs exécutés en Suède en 1860-69 (*R. D. I.*, 1871, pag. 181).

Olivi L. — Du mariage en droit international privé (*R. D. I.*, 1883, pag. 209, 357).

Ourem (D'). — Notice générale sur le mouvement législatif en 1890 au Brésil (*A. L. E.*, 1890, pag. 884).

— De l'adoption entre français et Brésiliens tant en France qu'au Brésil (*J. D. I. P.*, 1889, pag. 767).

Pacifici Mazzoni. — Codice civile italiano commentato. Firenze 1890-92.

Pallamary A. G. — De la condictio furtiva en droit romain; Des Conflits de législations relatives aux conventions matrimoniales (tesi). Paris 1884.

Palma L. — Trattati e Convenzioni in vigore fra il Regno d'Italia ed i Governi esteri. Torino 1879.

Palma L. — Nuova raccolta. Torino 1890.

Pardessus. — Cours de droit commercial. Paris 1826, 3ª ed.

Paquy L. — Étude sur les régimes matrimoniaux en droit international privé nella *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence*, 1887, pag. 297.

Paulowitsch. — De la condition juridique des étrangers en Serbie (*J. D. I. P.*, 1884, pag. 5 e 140).

Paulsen Ch. — Modification introduites par le décret du 21 mai 1845 dans la loi des successions pour le royame de Danemark nella *Revue de lég. et jurispr.*, 1847, pag. 147.

Pertile. — Storia del diritto italiano. Torino 1891 e seg.

Pescatore Matteo. — La logica del diritto. Torino 1863.

Petroni G. — De l'exécution des actes et des jugements en Roumanie (*J. D. I. P.*, 1879, pag. 351).

Pfeiffer. — Das Princip des internationalen Privatrechts. Tübingen 1851.

Phillimore. — Commentaries upon international law. London 1874.

Phillips. — Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. Berlin 1846.

Pic P. — Mariage et divorce en droit international et en législation comparée. Paris 1885.

Picard E. — De la célébration du mariage des belges en pays étranger (*J. D. I. P.*, 1885, pag. 46).

— De la valeur et de l'effet des actes passés en pays étranger, d'après la législation belge (*J. D. I. P.*, 1881, pag. 461).

Pillet A. — De l'ordre public en droit international privé. Grenoble-Paris 1890.

— Le droit international privé, sa définition, son origine, etc. (*J. D. I. P.*, 1893, pag. 318).

Pinguet E. — Loi fédérale suisse du 24 décembre 1874 concernant l'état civi et le mariage (*A. L. C.*, 1875, pag. 714).

Popovic. — Recht und Gericht in Montenegro. Agram 1877.

Pradier Fodéré. — De la condition légale des étrangers au Pérou (*J. D. I. P.*, 1879, pag. 41).

Processi verbali delle sedute della Commissione di coordinamento delle disposizioni del Cod. civ. Napoli 1866.

Pütter K. Th. — Das praktische europäische Fremdenrecht. Leipzig 1845.

Rapport de la Commission chargée d'étudier la question du notariat. Paris, estratto dal *B. S. L. C.*

Renusson (de). — Oeuvres. Paris 1780.

Ricaud H. — Des régimes matrimoniaux au point de vue du droit international privé. Paris 1886.

Ricci. — Corso di diritto civile. Torino 1885.

Riccius. — Zuverlässiger Entwurf von Stadtgesetzen. Leipzig 1740.

Roblin E. — Du concubinat en droit romain; Des mariages contractés en pays étrangers (tesi). Poitiers 1878.

Rocco. — Dell'uso e dell'autorità delle leggi nel regno delle Due Sicilie. Palermo 1843.

— Trattato di diritto civile internazionale. Livorno 1860.

Rocholl C. — Vorschläge zur Abänderung des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Breslau 1890-91.

Rodemburg. — Tractatus de jure conjugum in *Tractatus de jure quod oritur ex statutorum conflictu*. Trajecti ad R. 1553.

Roguin E. — Conflits des lois suisses. Lausanne 1891.

Romagnosi. — Prime materie e questioni sulle forme testamentarie nel vol. III delle Opere. Firenze 1834.

Rorer D. — American Interstate Law. 2ª ed. by Estabrook. Chicago 1893.

Rossi (de). — Il testamento congiuntivo reciproco nel diritto transitorio (*Giorn. delle leggi*, 1875, nº 56, pag. 121).

Rouard de Card A. — De l'échange des actes de l'état civil entre nations par voie diplomatique. Paris 1879.

Roussel F. — Du domicile en droit romain; De la formation des conventions en droit international privé (tesi). Paris 1878.

Saint Joseph ved. Anthoine.

Salem. — Du mariage des étrangers en Turquie (*J. D. I. P.*, 1889, pag. 5).

Saliceto (Barth. a). — Pars prima in primum et secundum Codicis libros. Venetiis MDLXXIII.

Sanchez T. — Disputationum de sancto matrimonii sacramento. Venetiis 1607.

Sande (a) Joannis et Frederici. — Opera juridica. Bruxelles 1721.

Saripolos N. I. — La législation anglaise dans l'île de Cypre (*R. D. I.*, 1880, pag. 389).

Savigny. — Traité de droit romain, trad. par Guénoux. Paris 1860.

— Obligationenrecht. Leipzig 1851-53.

Schaeffner Wilhelm. — Entwicklung des internationalen Privatrechts. Frankfurt a. M. 1841.

Schlatter. — Rechtskalender der Schweizerischen Eidgenossenschaff. Zürich 1874.

Schmid P. — Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen. Jena 1863.

Schulte. — Handbuch des Katholischen Eherechts. Giessen 1885.

Schulte et Richter. — Canones et decreta concilii Tridentini: accedunt S. Cong. card. Conc. Tridentinum interpretum declarationes ac resolutiones. Lipsiae 1853.

Schwab. — Legitimation ausländischer unehelicher Kinder in Württemberg (*Z. J. P. R.*, 1894, pag. 130).

Scialoja V. — Del diritto positivo e dell'equità. Camerino 1880.

— Responsabilità e volontà nei negozi giuridici. Roma 1885.

Serafini F. — Sulla nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge. Roma 1874.

— Memoria in favore di Hendriks van Ogtrop contro Formica. Pisa 1891.

— Contro ricorso a difesa di Hendriks van Ogtrop contro Formica. Pisa 1891.

Serebrianny. — Du droit pour les russes de faire des testaments à l'étranger (*J. D. I. P.*, 1884, pag. 359).

Soldan. — La règle *locus regit actum* et les conflits des législations (nella *Revue générale du droit*, anno VII, 1883, pag. 231).

Stefano (Di) Napolitani G. — La massima *locus regit actum*. Studio di diritto internazionale privato. Palermo 1883.

Stern A. — Codicele civil anotat. Bucuresci 1888.

Stimson F. J. — American Statute Law. Boston 1886 (*First supplement*, 1888).

Stobbe O. — Handbuch des deutschen-Privatrechts. Berlin 1882.

Stocquart E. — Commentaire à la loi belge du 20 mai 1882. Bruxelles 1882.

— Le mariage en droit international (*R. D. I.*, 1887, pag. 581).

— De la légitimation des enfants naturels par mariage subsequent en droit international privé (*J. D. I. P.*, 1888, pag. 205).

Stoerk. — De la condition légale des étrangers en Prusse (*J. D. I. P.*, 1883, pag. 5).
Story Joseph. — Commentaries on the conflict of Laws foreign and domestic in regard to Contracts, Rights, etc. Eighth edition. Boston 1883.
Strampff. — Doctor Martin Luther ueber die Ehe. Berlin 1857.
Struve (von) Gust. — Ueber die positive Rechtsgesetz in seine Beziehung auf räumliche Verhältnisse und ueber die Anwendung der Gesetze verschiedener Orte. Karlsruhe 1834.
Surville F. et **Arthuys F.** — Cours élémentaire de droit international privé. Paris 1890.
Sweet C. — A dictionary of English Law. London 1882.
Tartagnis (de) Alexander. — Consiliorum seu responsorum libri. Lugduni MDLII.
Thibaut. – System des Pandektenrechts. Jena 1846.
Thöl. — Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1851.
Tiraquelli Andreae. — Ex Commentariis in Pictonum consuetudines sectio de legibus Connubialibus et jure Maritali. Venetiis MDLXXXVIII.
Titius G. G. — Juris Privati Romani Germanici. Libri XII. Lipsiae 1824.
Tittmann Fried. Guil. — De competentia legum externarum et domesticarum in definiendis potissimis juribus conjugum. Hallae 1822.
Torres Campos M. — Principios de derecho internacional privado e de derecho extraterritorial de Europa y America. Madrid 1883.
— Elementos de derecho internacional privado. Madrid 1887.
Toullier. — Le droit civil français. Bruxelles 1845-50.
Troplong. — Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux. Bruxelles 1850.
Turin. — De la rédaction des actes. Paris 1878.
Unger J. — System des oesterreichischen Allgemeinen-Privatrechts. Leipzig 1876, 4ª ediz.
Verger. — Des mariages contractés en pays étrangers. Paris 1883.
Verhandlungen des grossen Rathes des Kantons Bern ueber den Bericht und die Anträge ueber die Grundlagen einer einheitlichen Gesetzgebung. Bern 1869.
Vesque von Puetlingen. — Handbuch des in Oesterreich-Ungarn geltenden Internationalen Privatrechtes. Wien 1878.
Vincent et Penaud. — Dictionnaire de droit international privé. Paris, Larose et Forcel, 1888.
Vitali. — La forma del testamento italiano. Piacenza 1883.
Voet Joannis. — Commentariorum ad Pandectas, libri L. Editio quinta veneta. Venetiis MDCCCXXVII.
Voet Pauli. — De statutis eorumque concursu, nell'appendice III al Guthrie Ved. *Guthrie.*
Waechter. — Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten nell'*Archiv für die civilistische Praxis.* Heidelberg 1841. Vol. 24, pag. 230; vol. 25, pag. 1, 161, 361.
Walter F. — Manuel de droit ecclesiastique. Paris 1810.
— Corpus juris Germaniae antiquae. Berolini 1824.
Weiss André. — Traité élémentaire de droit international privé. Paris 1890, 2ª ediz.
Westlake J. — Lehrbuch des internationalen Privatrechts. Trad. da Holtzendorff. Berlin 1884.

Westlake J. — Introduction au droit international privé (*R. D. I.*, 1880, pag. 23).
— Cas de droit international jugés par les tribunaux anglais (*R. D. I.*, 1874, pag. 388 e 612; 1876, pag. 721).
— La doctrine anglaise en matière de droit international privé (*J. D. I. P.*, 1881, pag. 312 e 1882, pag. 5).
Wharton Francis. — Commentaries on american law. Philadelphia 1884.
— A treatise on the Conflict of laws or private international law. Second edit. Philadelphia 1881.
Wheaton. — Éléments de droit international. Leipzig-Paris 1852.
Windscheid B. — Lehrbuch des Pandekten. Leipzig 1890.
Winiwarter. — Il diritto civile universale austriaco. Venezia 1845-47.
Wolf P. — Die civilrechtliche Stellung der Ausländer in der Schweiz nach dem Bundesgesetz vom 25 juin 1891 nelle *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1894. Vol. XIII della nuova serie, pag. 1 e 319.
Zachariae. — Ueber die Rechtsregel *Locus regit actum* nella *Themis. Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft*, herausgegeben von Dr. C. F. Elvers. Göttingen 1829. Vol. II, fasc. I, pag. 95.
Zachariae v. L. — Handbuch des französischen Civilrechts. Heidelberg 1887.

INDICE

Prefazione . . . . *pag.* III

PARTE GENERALE

LA REGOLA *LOCUS REGIT ACTUM* E IL SUO FONDAMENTO GIURIDICO

Cap. I. — **Origine e svolgimento storico della regola** ***l. r. a.***

1. Metodo della nostra ricerca . . . . *pag.* 1
2. La personalità dei diritti barbarici . . . . » 2
3. La forma degli atti nei diritti barbarici . . . . » 5
4. Il feudalismo e il diritto canonico . . . . » 9
5. I Glossatori e i primi commentatori . . . . » 10
6. Bartolo da Sassoferrato . . . . » 13
7. Continuazione . . . . » 16
8. I successori di Bartolo in Italia . . . . » 20
9. I successori di Bartolo in Francia. Dumoulin . . . . » 21
10. La scuola culta. Cujacio . . . . » 23
11. Il diritto Romano ed i Commentatori . . . . » 25
12. Le idee feudali nell'Europa centrale. D'Argentré . . . . » 28
13. I Giuristi francesi dal D'Argentré al sec. XVIII . . . . » 31
14. La giurisprudenza francese . . . . » 33
15. Gli Statuari dei Paesi Bassi e l'Editto perpetuo . . . . » 36
16. La scuola olandese. Paolo e Giovanni Voet. Ulrico Huber . . . » 40
17. I Giureconsulti tedeschi . . . . » 44
18. I Giureconsulti francesi del sec. XVIII . . . . » 45

Cap. II. — **Ricerche intorno al fondamento giuridico della regola** ***l. r. a.***

1. La formula *l. r. a.* . . . . *pag.* 50
2. Scrittori che non ammettono la regola *l. r. a.* . . . . » 52
3. Giustificazioni date ad essa. La necessità e l'utilità . . . . . . » 54
4. La teoria degli Statuti . . . . » 61
5. Relazione dell'atto col luogo dov'è compiuto . . . . » 62
6. La teoria dei *subjecti temporanei* . . . . » 66
7. La presunzione di volontà . . . . » 67
8. La teoria dei diritti legittimamente acquistati . . . . » 69

9. L'ordine pubblico . . . . pag. 70
10. La consuetudine . . . . » 72
11. Conclusione . . . . » 79

CAP. III. — **La forma degli atti e il fondamento giuridico della regola *l. r. a.***

1. Necessità di esaminare che cosa sia la forma . . . . pag. 80
2. Distinzione tra forma e materia . . . . » 81
3. Differenti forme nei fenomeni dello spirito . . . . » 83
4. Applicazioni al diritto. Atti formali e non formali . . . . . . » 85
5. Fini della forma. Assicurare l'esistenza della volontà . . . . . » 87
6. Misurare l'intensità del volere . . . . » 88
7. Facilitare e semplificare l'applicazione del diritto . . . . . . » 90
8. Risvegliare l'attenzione . . . . » 91
9. Eccitare la riflessione . . . . » 92
10. Garantire dalle frodi . . . . » 93
11. Dare pubblicità . . . . » 94
12. Dare esecuzione e prova . . . . » 95
13. Il simbolo . . . . » 96
14. Inconvenienti della forma . . . . » 98
15. Definizione . . . . » 99
16. Forme abilitanti, interne, ecc. Forma e formalità . . . . . . » 104
17. Carattere delle leggi sulle forme . . . . » 109
18. Il fondamento giuridico della regola *l. r. a.* . . . . » 118
19. Confutazione delle teorie contrarie . . . . » 124

CAP. IV. — **Le applicazioni della regola *l. r. a.***

1. Applicazione agli atti per scrittura privata . . . . pag. 126
2. Agli atti autentici *ad probationem* . . . . » 128
3. Agli atti autentici *ad solemnitatem* . . . . » 130
4. Applicazione nei casi di conflitto della *lex loci actus* con la *lex rei sitae*, la *lex fori*, la *lex domicilii* e la *lex executionis* . . . . » 139
5. Del valore obbligatorio o facoltativo della regola . . . . . . » 152
6. Degli atti compiuti all'estero *in fraudem legis* . . . . » 154
7. Del divieto della legge personale d'uniformarsi alla regola . . . » 159
8. Altre applicazioni . . . . » 164
9. Le eccezioni . . . . » 166
10. Gli atti diplomatici e consolari . . . . » 167

CAP. V. — **La regola *l. r. a.* nel diritto positivo.**

1. Italia . . . . pag. 170
2. Francia . . . . » 172
3. Belgio . . . . » 174
4. Spagna . . . . » 175
5. Portogallo . . . . » »

6. Svizzera . . . . *pag.* 175
7. Austria . . . . » 177
8. Germania . . . . » 178
9. Paesi Bassi . . . . » 180
10. Russia . . . . » »
11. Serbia . . . . » »
12. Rumania . . . . » 181
13. Conclusioni della conferenza dell'Aja del 1893 . . . . » »
14. Luigiana . . . . » 182
15. Basso-Canadà . . . . » »
16. Argentina . . . . » »
17. Paraguay . . . . » »
18. Messico . . . . » »
19. Guatemala . . . . » 183
20. Chilì . . . . » »
21. Uruguay . . . . » »
22. Columbia . . . . » »
23. San Salvador . . . . » »
24. Conclusioni dei congressi Sud-Americani del 1878 e del 1888-89 . » »
25. Congo . . . . » 184
26. Giappone . . . . » »

PARTE SPECIALE

LE APPLICAZIONI DELLA REGOLA *LOCUS REGIT ACTUM* AI VARI NEGOZI GIURIDICI

Cap. I. — **Matrimonio.**

1. Stati dove è valida una sola forma di matrimonio esclusivamente civile o esclusivamente religiosa . . . . *pag.* 187
2. Stati dove sono valide diverse forme di matrimonio . . . . . . » 191
3. Norme di diritto internazionale privato negli Stati a matrimonio civile 203
4. Interpretazione dell'articolo 100 Cod. civ. it. . . . . » 204
5. Matrimoni da stranieri conchiusi negli Stati a matrimonio civile . » 208
6. Matrimoni da cittadini di questi Stati conclusi all'estero . . . . » 219
7. Norme di diritto internazionale privato negli Stati a matrimonio religioso o a matrimonio religioso e civile sussidiario . . . . . » 231
8. Matrimoni di cittadini di questi Stati all'estero . . . . » 237
9. Norme di diritto internazionale privato negli Stati a matrimonio civile o religioso o consensuale a scelta degli sposi . . . . » 249
10. Il matrimonio celebrato all'estero secondo il diritto scozzese ed americano del Nord . . . . » 253
11. Matrimoni di stranieri nei paesi d'Oriente e nei paesi barbari . . » 258
12. Matrimoni celebrati all'estero *in fraudem legis* . . . . » 263
13. Formalità antecedenti e susseguenti la celebrazione del matrimonio » 270
14. Il valore obbligatorio della regola *l. r. a.* relativamente al matrimonio » 279

Cap. II. — **Atti dello stato civile e diritti di famiglia.**

1. Atti dello stato civile . . . . *pag.* 290
2. Applicazione della *lex loci actus* per giudicare della loro regolarità » 291
3. Promessa di matrimonio . . . . » 295
4. Contratto di matrimonio. Legislazione comparata e norme di diritto internazionale . . . . » 297
5. Questioni e conflitti relativi alla forma del contratto di matrimonio » 301
6. Continuazione . . . . » 312
7. Riconoscimento di figlio naturale . . . . » 322
8. Legittimazione . . . . » 328
9. Adozione . . . . » 340
10. Emancipazione . . . . » 347

Cap. III. — **Contratti.**

1. Principii generali relativi alla forma dei contratti . . . . . *pag.* 352
2. L'art. 1314 Codice civile italiano . . . . » 354
3. I contratti relativi ai beni immobili . . . . » 359
4. Costituzione d'ipoteca . . . . » 362
5. Mandato, altri contratti, ecc. . . . . » 363

Cap. IV. — **Donazioni e Testamenti.**

1. Forme della donazione . . . . *pag.* 366
2. Questioni e conflitti intorno ad essa . . . . » 368
3. Forme dei testamenti . . , ... » 375
4. Disposizioni legislative intorno al regolamento internazionale delle forme dei testamenti . . . . » 382
5. La regola *l. r. a.* e i testamenti autentici . . . . » 389
6. La regola *l. r. a* e i testamenti olografi . . . . » 393
7. Questioni intorno al testamento mistico ed al nuncupativo . . . » 398
8. I sistemi inglese, nord-americano, danese, ecc. . . . . » 403
9. Il testamento congiuntivo . . . . » 411
10. La forma del testamento in relazione al mutamento di residenza o di domicilio del testatore . . . . » 417
11. La regola *l. r. a.*, e gli individui cui dalla legge patria è imposta una determinata forma di testamento . . . . » 421
12. Il divieto della legge personale di testare all'estero se non in forma autentica . . . . » 423
13. La *lex fori* nei conflitti fra norme di diritto internazionale privato » 427
14. Donazioni per causa di morte, revoca del testamento, accettazione di eredità, ecc. . . . . » 430

Aggiunte . . . . » 431
Abbreviazioni . . . . » »
Tavola delle opere giuridiche citate . . . . » 432





